

# TOETSING VAN DE GRONDWETTIGHEID EN TOETSING VAN DE VERENIGBAARHEID MET DE VERDRAGEN

*Nederlandse vertaling van de redevoering door eerste advocaat-generaal J. VELU  
uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Hof van Cassatie op 1 september 1992*

## Inleiding \*

1. Ik ben mij terdege ervan bewust hoezeer de titel van deze rede, «Toetsing van de grondwettigheid en toetsing van de verenigbaarheid met de verdragen», met betrekking tot het voegwoord «en» dubbelzinnig kan lijken.

Een hooggeleerde professor wees er onlangs op dat het gebruik van dat voegwoord in een titel inderdaad dubbelzinnig is. «Het kan», zo opperde hij, «pervers en bijna uitdagend zijn: Corneille en Racine, Voltaire en Rousseau, de logheid en de sierlijkheid, de woorden en de zaken»... «het kan samenvoeging bedoelen of opeenvolging, maar evenzeer vergelijking als wederzijdse beïnvloeding, zowel tegenstelling als contradictie en zelfs mededinging»<sup>1</sup>.

Vast en zeker zou het interessant zijn in het licht van die vele betekenissen het verband te onderzoeken tussen de toetsing van de grondwettigheid en de toetsing van de verenigbaarheid met de verdragen.

Maar mijn opzet zal bescheidener zijn. Na een korte uiteenzetting van de huidige stand van zaken in het Belgisch recht wat die twee soorten toetsing betreft, zou ik aan het Hof een probleem willen voorleggen dat daarmee nauw verbonden en mijns inziens van fundamenteel belang is: te weten of in geval van conflict tussen het verdrag en de Grondwet – en dat is lang geen louter schoolse onderstelling – de voorrang naar het verdrag dan wel naar de Grondwet gaat. Met andere woorden, leidt het conflict Verdrag/Grondwet tot een toetsing van de grondwettigheid van het verdrag of, omgekeerd, tot een toetsing van de verenigbaarheid van de Grondwet met het verdrag?

\* De paragrafen 1 tot 19 van de hier gepubliceerde tekst en de erbij horende voetnoten 1 tot 29 vormen een sterk ingekorte versie van de paragrafen 1 tot 69 van de integrale tekst en de erbij horende voetnoten 1 tot 379 van de rede zoals die zal worden uitgegeven in borchurevorm, als bijlage van *Arresten van Cassatie*; de paragrafen 20 tot 42 en voetnoten 30 tot 192 stemmen overeen met de paragrafen 70 tot 92 van de integrale tekst en de daarbij horende voetnoten 380 tot 542, die zij in extenso weergeven.

<sup>1</sup> DRAGO, R., Toespraak op het colloquium «Conseil constitutionnel et conseil d'Etat» (Parijs 21-22 januari 1988) in *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, Parijs, 1988, p. 39.

## I. DE HUIDIGE STAND VAN DE TWEE SOORTEN TOETSING

### A. Toetsing van de grondwettigheid

2. Gedurende meer dan een eeuw, meer bepaald tot in 1948, oefende uw Hof de controle uit op de toepassing en de uitlegging van de grondwettelijke regels. Sedert 1948, het jaar waarin de Raad van State, en vooral sedert 1984, het jaar waarin het Arbitragehof werd geïnstalleerd, is die controle verdeeld. De toetsing van de grondwettigheid van de akten van de overheid komt namelijk niet bij uitsluiting aan het Arbitragehof toe<sup>1a</sup>.

Die toetsing staat in ons recht aan verschillende klassen van rechtscolleges. In dat opzicht dient een onderscheid te worden gemaakt tussen de bevoegdheden van de gerechtelijke en van de administratieve rechtscolleges, enerzijds, en die van het Arbitragehof anderzijds.

#### 1° Gerechtelijke en administratieve rechtscolleges

3. De gerechtelijke en de administratieve rechtscolleges zijn bevoegd en verplicht om na te gaan of de administratieve akten respectievelijk de gerechtelijke akten verenigbaar zijn met het geheel van de grondwettelijke regels, maar om de grondwettigheid van de wetgevende akten te toetsen zijn ze slechts in zeer uitzonderlijke gevallen bevoegd.

<sup>1a</sup> Over de rechtsleerstellende studies betreffende de jurisdictionele toetsing van de akten van de openbare macht, zie de bibliografische aanwijzingen in: ANDERSEN, R., DELPÉRIÉ, F., JADOT, B., LEJEUNE, Y., RASSON-ROLAND, A., RIGAUX, M.F., SIMONART, H., TULKENS, F. en VAN COMPERNOLLE, J., *La Cour d'arbitrage, Actualités et perspectives*, Brussel, 1988, pp. 417-429; DELVA, J., «Actualiteit van de confrontatie van de rechter met de toetsing van de wet aan de Grondwet», *T.B.P.*, 1978, pp. 379 e.v.; DUMONT, H., «Le contrôle de la constitutionnalité des lois en Belgique: fonction juridictionnelle ou politique?», in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Brussel, 1983, pp. 71-174; LEYSEN, R. en SMETS, J., *Toetsing van de wet aan de Grondwet in België*, Zwolle, 1991; FALYS, J., LEURQUIN, F. en SIMONART, H., «Le contrôle juridictionnel des lois. Etat de la question. A la doctrine 1831-1940», in *Actualité du contrôle juridictionnel des lois*, Brussel, 1973, pp. 323-339; MAST, A. en DUJARDIN, J., *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht*, 8e druk, Gent, 1985, pp. 450-463; ORIANNE, P., «Le contrôle juridictionnel des lois. Etat de la question, B) La doctrine 1940-1971», in *Actualité du contrôle juridictionnel des lois*, Brussel, 1973, pp. 339-349; VELAERS, J., *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, 1990, pp. 553-569; VELU, J., met de medewerking van QUERTAINMONT, P. en LEROY, M., *Droit public*, I, Brussel, 1986, p. 209-266.

## a) TOETSING VAN DE ADMINISTRATIEVE AKTEN

4. De toetsing van de grondwettigheid door de gerechtelijke en de administratieve rechtscolleges van de akten van de verschillende administratieve autoriteiten kan bij wege van exceptie of bij wege van rechtsvordering worden uitgeoefend.

De *toetsing bij wege van exceptie* berust op artikel 107 van de Grondwet, luidens hetwelk «de hoven en rechtbanken de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen alleen toepassen in zover zij met de wetten overeenstemmen». Er wordt aangenomen dat alle rechtscolleges, zowel gerechtelijke als administratieve, die bepaling horen toe te passen, en dat hun toetsingsmacht de toetsing van de grondwettigheid van besluiten en reglementen omvat.

Er bestaan, voor de gerechtelijke of administratieve rechtscolleges, verschillende soorten toetsing van de grondwettigheid van de administratieve akten *bij wege van rechtsvordering*.

Die beroepen bij wege van rechtsvordering, die op een schending van de Grondwet zijn gegrond, zijn, in de ruime zin van het woord, werkelijke grondwettelijke beroepen. Sommige ressorteren onder de rechterlijke macht, te weten :

- de vordering tot herstel van de schade ten gevolge van de ongrondwettige administratieve akte, ingesteld op grond van de artikelen 1382 en volgende van het Burgerlijk Wetboek, alsmede

- de vordering in gerechtelijk kort geding tegen een ongrondwettige administratieve akte, als bepaald bij artikel 584 van het Gerechtelijk Wetboek, krachtens hetwelk de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, in alle gevallen die hij spoedeisend acht, bij voorraad uitspraak doet in alle zaken, behalve die welke de wet aan de rechterlijke macht onttrekt.

Andere ressorteren onder de Raad van State, namelijk :

- het beroep tot nietigverklaring van de ongrondwettige akte van de administratieve overheid, als bepaald bij artikel 14 van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973 ;

- de vordering tot schorsing van de ongrondwettige akte van een administratieve overheid, als bepaald bij artikel 17 van de genoemde gecoördineerde wetten, gewijzigd bij de wet van 19 juli 1991.

## b) TOETSING VAN DE JURISDICTIONELE AKTEN

5. Ik vermeld hier enkel pro memorie de toetsing van de grondwettigheid van de jurisdictionele akten door de gerechtelijke en de administratieve rechtscolleges.

Die toetsing levert geen bijzondere moeilijkheden op, en bovendien werd nooit betwist dat de gewone rechtscolleges, binnen de perken van hun respectieve bevoegdheden, gemachtigd zijn om na te gaan of de proceshandelingen en de daden van onderzoek die in de bij hen aanhangig gemaakte zaken zijn verricht, in overeenstemming zijn met de Grondwet, en dat zij, wanneer zij op een rechtsmiddel uitspraak dienen te doen, bevoegd zijn om de grondwettigheid van de bestreden jurisdictionele beslissing te toetsen.

Doorgaans wordt ongrondwettigheid alsdan gesanctioneerd door, naar gelang van het geval, de vernietiging of de wijziging van de aangeklaagde akte.

## c) TOETSING VAN DE WETGEVENDE AKTEN

6. Zijn daarover in het verleden controverses gerezen, dan moet worden aangenomen dat in de huidige stand van ons recht de gerechtelijke en de administratieve rechtscolleges evenwel, in de regel, niet bevoegd zijn om de grondwettigheid van de wetgevende akten te toetsen.

Ingevolge artikel 26, § 2, derde lid, 3°, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, zijn de rechtscolleges waarvan de beslissingen vatbaar zijn voor, al naar het geval, hoger beroep, verzet, voorziening in cassatie of beroep tot vernietiging bij de Raad van State, evenwel bevoegd om te beslissen dat een wet, een decreet of een ordonnantie bepaalde grondwettelijke regels klaarblijkelijk niet schendt : te weten de regels voor het bepalen van de onderscheiden bevoegdheden van de Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten en de regels aangegeven in de artikelen 6, *6bis* en 17 van de Grondwet.

Overigens zijn de gerechtelijke en de administratieve rechtscolleges, ten aanzien van de ordonnantiën van de Raad van het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest en van de Verenigde Vergadering van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie van Brussel-Hoofdstad, ingevolge de artikelen 9 en 69 van de bijzondere wet van 12 januari 1989 met betrekking tot de Brusselse instellingen, bevoegd om die ordonnantiën te toetsen aan de grondwettelijke regels, met uitzondering van de regels die de respectieve bevoegdheden bepalen van de Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten, en van de regels aangegeven in de artikelen 6, *6bis* en 17 van de Grondwet.

Aldus moet de gerechtelijke of de administratieve rechter, onder voorbehoud van de gevallen waarin hij een prejudiciële vraag aan het Arbitragehof moet stellen, op het betoog van een rechtzoekende als zou een wetgevende akte onverenigbaar zijn met een fundamenteel recht, zich in beginsel onbevoegd verklaren om kennis te nemen van de grief, in zoverre die is afgeleid uit een schending van een rechtstreeks werkende regel van een verdrag die identiek kan zijn aan de grondwettelijke regel.

2° *Het Arbitragehof*

7. De professoren Favoreu en Cappelletti, eminente specialisten in publiek en vergelijkend recht, hebben in een vergelijkende studie onderzocht waarom, in de meeste Europese Staten waar toetsing van de grondwettigheid gebeurt, die toetsing aan een gespecialiseerd rechtscollege en niet aan het geheel van het rechtsapparaat is toevertrouwd. Uit hun onderzoek blijkt dat die keuze hoofdzakelijk is ingegeven door — ik citeer — de traditionele zwakheid en angstvalligheid van de continentale rechter, een houding waarvoor de verklaring in zijn statuut van beroepsmagistraat dient te worden gezocht <sup>2</sup>.

<sup>2</sup> FAVOREU, L., *Les cours constitutionnelles*, Parijs, 1986, p. 9, en de door die auteur geciteerde studie van M. CAPPELLETTI, *Cours constitutionnelles*, p. 463.

Over het Arbitragehof, zie o.m. ANDERSEN, R., DELPÉRÉE, F., JADOT, B., LEJEUNE, Y., RASSON-ROLAND, A., SIMONART, M.F., TULKENS, H. en VAN COMPENOLLE, F., *La Cour d'arbitrage. Actualités et perspectives*, Brussel, 1988 ; CHIDIAC, M.J., *La Cour d'arbitrage en droit belge*, Luik, 1984 ; DELPÉRÉE, F. en RASSON-ROLAND, A., *Recueil d'é-*

In de onderstelling dat die analyse voor ons land opgaat, zou dus precies de terughoudendheid die de gerechtelijke en de administratieve rechtscolleges op dat gebied aan de dag hebben gelegd, voor de politieke wereld de reden zijn geweest waarom zij niet geschikt werden geacht om de opdracht uit te oefenen die thans aan het Arbitragehof is toegewezen.

Dat Arbitragehof, dat in oktober 1984 werd geïnstalleerd, is een grondwettelijk hof met een in twee opzichten beperkte bevoegdheid: enerzijds toetst het enkel bepaalde akten van de openbare macht, namelijk de wetten, decreten en ordonnantiën, en anderzijds geldt die toetsing alleen voor bepaalde grondwettelijke regels.

Oorspronkelijk, namelijk tussen 1984 en begin 1989, behoorde tot die bevoegdheid enkel de toetsing van de verenigbaarheid van de wetgevende akten met de regels die door of krachtens de Grondwet zijn vastgesteld voor het bepalen van de onderscheiden bevoegdheid van de Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten, doch door de herziening van artikel 107ter, § 2, van de Grondwet, op 15 juli 1988 en met toepassing van de bepalingen van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, is de bevoegdheid van dat Hof op twee punten verruimd.

Enerzijds blijft zijn bevoegdheid niet langer beperkt tot de conflicten tussen de wet, de decreten en de regels aangewezen in artikel 26bis van de Grondwet, alsook tussen de decreten onderling en tussen de regels aangewezen in artikel 26bis onderling. Het Arbitragehof is thans ook bevoegd voor de schending, door een wet, een decreet of een in artikel 26bis aangewezen regel, van de artikelen 6, 6bis en 17 van de Grondwet, die respectievelijk betrekking hebben op de gelijkheid voor de wet, het discriminatieverbod en de vrijheid van onderwijs.

Anderzijds kan bij het Hof, met het oog op nietigverklaring, niet alleen door de Ministerraad en door de Gemeenschaps- en Gewestexecutieven, een beroep worden ingesteld, maar ook door de voorzitters van de wetgevende vergaderingen en door iedere persoon die van een belang doet blijken.

Bovendien kan de wetgever, krachtens artikel 107ter, § 2, als gewijzigd bij de wet van 15 juli 1988, door een wet aangenomen met bijzondere meerderheid, de bevoegdheid van het Arbitragehof uitbreiden tot de schending door een wet, een decreet of een in artikel 26bis bedoelde regel, van andere artikelen van de Grondwet. Een dergelijke wet is tot op heden niet aangenomen. De Kamer heeft, op 7 maart 1991, een wetsvoorstel verworpen dat bedoelde de bevoegd-

heid van het Hof te verruimen tot schending van alle regels van titel II van de Grondwet inzake rechten en vrijheden.

Doch, ingevolge een gedrevenheid om een volwaardig Constitutioneel Hof te worden is het Arbitragehof, vooral sedert begin 1989, resoluut zijn bevoegdheden verruimend gaan interpreteren, door indirect via de bevoegdheidsverdelende grondwettelijke regels of via de grondwettelijke regels inzake gelijkheid voor de wet, non-discriminatie of vrijheid van onderwijs, heel wat andere grondwettelijke regels in zijn toetsingsfeer op te nemen.

8. Uiteenlopende rechtspraak van uw Hof en van het Arbitragehof is gebleken in zaken van onteigening ten algemene nutte<sup>3</sup>. Dit toont aan dat de geleidelijke versnippering van de jurisdictionele functie naast mogelijke voordelen ook nadelen kan inhouden. Zeker niet het minste daarvan is wel het risico dat in de rechtsorde, en inzonderheid in de grondwettelijke orde, bepaalde incoherenties ontstaan of in stand worden gehouden.

Gelukkig is er de internationale rechtsorde die niet alleen de harmonisatie van de verschillende nationale rechtsorden, maar bovendien de eenheid en de homogeniteit binnen elk van die rechtsorden bevordert.

Het interpretatief gezag van de beslissingen van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens is ongetwijfeld de voornaamste factor bij de harmonisatie van de rechtspraak van de verschillende jurisdictionele orden betreffende de bij de Grondwet gewaarborgde fundamentele rechten.

Maar de ervaring leert dat de invloed van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, hoe aanzienlijk ook, niet volstaat om tot zodanige harmonisatie te komen. De Grondwet is dezelfde voor de gezagdragers en voor alle onderdanen. De rechtszekerheid verdwijnt voor beiden wanneer de toepassing of de uitlegging van de Grondwet blijkt te verschillen naar gelang van het rechtsprekend college dat zijn beslissing op de Grondwet baseert.

Aangezien geen enkele procedure uw Hof, het Arbitragehof en de Raad van State ertoe kan verplichten hun mogelijk uiteenlopende jurisprudentie één te maken, is het, voor de vrijwaring van de eenheid in het recht, vereist dat de hoogste rechtscolleges van de Staat samen beseffen dat hun opdrachten complementair zijn en dienen zij er, zo nodig, voor te zorgen dat die opdrachten geharmoniseerd worden.

## B. Toetsing van de verenigbaarheid met de verdragen

9. Parallel met de toetsing van de grondwettigheid van de akten van de openbare overheid – algemeen en verspreid voor de administratieve en de jurisdictionele akten, beperkt en geconcentreerd voor de wetgevende akten – heeft zich in ons land, sedert een twintigtal jaren, een andere techniek van vervolmaking van de rechtsstaat ontwikkeld: de toetsing van de verenigbaarheid met de verdragen die in de interne rechtsorde directe werking hebben<sup>3a</sup>.

<sup>3</sup>Vgl. Arbitragehof, 15 juni 1988, arrest nr. 65, rolnr. 71, met Cass., 20 febr. 1986, A.R. 7230 (A.C., 1985-86, nr. 402) en Arbitragehof 21 dec. 1990, arrest nr. 42/90, rolnr. 163, met Cass., 3 maart 1972 (A.C., 1972, 606).

<sup>3a</sup> Over de toetsing van de verenigbaarheid met de verdragen in het Belgisch recht zie o.m. DELVA, J., «Toetsing van de interne over-

*tudes sur la Cour d'arbitrage*, Brussel, 1990; GILLET, E., *Recours et questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage*, Brussel, 1985; MOUREAUX, S. en LAGASSE, J-P., *La Cour d'arbitrage, juridiction constitutionnelle. Commentaires de la loi du 28 juin 1983*, Brussel, 1984; REYNDERS, D., *Prévention et règlement des conflits. La genèse de la Cour d'arbitrage*, Dossier C.R.I.S.P., Brussel, 1983; SAROT, J., met medewerking van VANDERNOOT, P. en PEREMANS, E., *La jurisprudence de la Cour d'arbitrage*, Brussel, 1990, *Bijwerking 1991*; SIMONART, H., *La Cour d'arbitrage. Une étape dans le contrôle de la constitutionnalité de la loi*, Brussel, 1988. VELAERS, J., *Het Arbitragehof. Een commentaar op de wet van 28 juni 1983 houdende de inrichting, bevoegdheid en werking van het Arbitragehof*, Antwerpen, 1985; *idem*, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, 1990.

## 1° De gerechtelijke en de administratieve rechtscolleges

10. Die toetsing, die van algemene en verspreide aard is, die op alle akten van de openbare overheid van toepassing is en die zeer nauw verwant is met de toetsing van de grond-

heidsdaad aan het verdrag», *T.B.P.*, 1970, 397-411; *idem*, «Bedenkingen over de toetsingsmacht van de justitiële rechter ten aanzien van het verdrag na het cassatiearrest 'Le Ski' van 27 mei 1971», *T.B.P.*, 1973, 204 e.v.; DE VISSCHER, P., «Les positions actuelles de la doctrine et de la jurisprudence belges à l'égard du conflit entre la traité et la loi», in *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, 1968, pp. 605 e.v.; DUMON, F., «De verhouding internationaal recht-nationaal recht», *T.B.P.*, 1981, 14-26; *idem*, «Les rapports entre le droit constitutionnel et le droit international», in *Le Nouveau droit constitutionnel*, 1987, pp. 205-233; GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., «Réflexions sur le droit international et la revision de la Constitution belge», rede uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Hof van Cassatie op 2 september 1968, *B.T.I.R.*, pp. 1 e.v.; *idem*, «De Belgische rechter tegenover het Internationaal Recht en het Gemeenschapsrecht», rede uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Hof van Cassatie van 1 september 1969, *J.T.*, 1969, 537 e.v.; *idem*, *concl. Cass.*, 27 mei 1971 (*Bull. en Pas.*, 1971, 886); *idem*, «Les procédés nationaux de mise en vigueur des obligations souscrites et des accords conclus par le gouvernement en droit belge», *Rapports belges au IXe Congrès international de droit comparé* (Téhéran, 1974), Brussel, 1974, inz. pp. 194 e.v.; HAYOIT DE TERMICOURT, R., «Conflit tussen het verdrag en de interne wet», rede uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Hof van Cassatie op 2 september 1963, *J.T.*, 1963, 362 e.v.; LOUIS, J.V., «Le conflit de la règle de droit international et de la règle de droit interne», *Revue de l'Université de Bruxelles*, 1968-69, 362 e.v.; MASQUELIN, J., «La conformité des lois aux droits international et européens», in *Actualité du contrôle juridictionnel des lois*, Brussel, 1973, pp. 365-390; *Le droit des traités dans l'ordre juridique et dans la pratique diplomatiques belges*, Brussel, 1980; MERTENS DE WILMARS, J., «Note d'observations sous l'arrêt 'Le Ski'», *S.E.W.*, 1972, 444 e.v.; PESCATORE, P., «Note d'observations sous l'arrêt 'Le Ski'», *Cahiers de droit européen*, 1971, 564 e.v.; RIGAUX, F., «Les conflits de la loi nationale avec les traités internationaux», *Rapports au VIIe Congrès international de droit comparé*, Brussel, 1966, pp. 269 e.v.; ROLIN, H., «La force obligatoire des traités dans la jurisprudence belge», *J.T.*, 1953, 561-562; SALMON, J., «Le conflit entre le traité international et la loi interne en Belgique à la suite de l'arrêt rendu le 27 mai 1971 par la Cour de cassation», *J.T.*, 1971, 509 e.v., 529 e.v.; *idem*, «Les problèmes d'adaptation de l'ordre juridique interne à l'ordre juridique international», in *La réforme de l'Etat 150 ans après l'indépendance nationale*, Brussel, 1980, pp. 123 e.v.; SALMON, J. en SUY, E., «La primauté du droit international sur le droit interne», in *L'adaptation de la Constitution belge aux réalités internationales*, Brussel, 1965, pp. 69 e.v.; SMETS, P., *L'assentiment des Chambres législatives aux traités internationaux*, Brussel, 1964; PLOUVIER, L., «La primauté du droit international et du droit communautaire en Belgique», *R.M.C.*, 1972, 171 e.v.; STEIN, E., «Conflicts between Treaties and subsequently enacted statutes in Belgium. Etat Belge v. Fromagerie Franco-Suisse Le Ski», *Michigan Law Review*, 72, p. 118; VANDERSANDEN, G., «Primauté du droit communautaire sur le droit national», *Rev.Dr.Int.Comp.*, 1972, 847 e.v.; VERHOEVEN, J., «Jurisprudence belge relative au droit international», *R.B.D.I.*, 1973, 636-369; 1975, 677; 1976, 648; 1978-79, 722; 1981-82, 271; 1983, 759; 1986, 342; WAELBROECK, M., *Traités internationaux et juridictions internes dans les pays du Marché Commun*, Brussel-Parijs, 1969; *idem*, «Considérations sur le rôle du juge belge face au droit international», *Rivista di diritto internazionale*, LVI, 1979; *idem*, «Effets internes des obligations imposées à l'Etat», *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, Brussel, 1972, p. 575; *idem*,

wettigheid, inzonderheid aangaande de fundamentele rechten en vrijheden, wordt uitsluitend door de gerechtelijke en de administratieve rechtscolleges uitgeoefend.

Het beginsel van de voorrang van de normen van het internationaal verdragsrecht met rechtstreekse werking in de interne rechtsnormen is in België op de jurisprudentie gegrond.

Dat beginsel werd voor het eerst door uw Hof vastgelegd in het arrest *Le Ski* van 27 mei 1971, dat weigerde een wet toe te passen waarbij een koninklijk besluit werd bekrachtigd dat een bepaling van het EEG-Verdrag had geschonden<sup>4</sup>.

Op de daartoe strekkende conclusie van procureur-generaal Ganshof van der Meersch heeft uw Hof dat beginsel duidelijk en zonder enig voorbehoud bevestigd.

Hoewel het aan uw Hof voorgelegde probleem het gemeenschapsrecht betrof, heeft u het volgens het internationaal recht opgelost.

Wanneer men uw arrest uitlegt aan de hand van de conclusie van het openbaar ministerie, blijkt dat uw Hof, om zich bij de stelling van de voorrang van de regel van het internationaal verdragsrecht met rechtstreekse werking aan te sluiten, impliciet heeft aangenomen, enerzijds, dat de internationale rechtsorde en de interne rechtsorde, die als onderdelen van een enkele algemene rechtsorde moeten worden beschouwd, niet onafhankelijk van elkaar zijn, en, anderzijds, dat de Staat en al zijn organen ervoor moeten zorgen dat een nationaalrechtelijke norm niet kan indruisen tegen een norm die een internationale verbintenis oplevert.

Uw arrest stelt twee beperkingen in op zijn erkenning van de voorrang van het internationaal recht: het bedoelt alleen de voorrang van de regel van het internationaal verdragsrecht, mits die regel bovendien rechtstreekse werking in de interne rechtsorde heeft.

Er dient evenwel voorbehoud gemaakt te worden voor het geval dat het verdrag zelf bepaalt dat, in de omstandigheden die het aangeeft, de interne rechtsnorm voorrang heeft. Dat is inzonderheid het geval voor het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten.

Uw Hof heeft de rechtspraak van het arrest *Le Ski* in verschillende arresten bevestigd.

Inzonderheid heeft uw Hof op het gebied van de fundamentele rechten herhaaldelijk toegezien op de verenigbaarheid van de bepalingen van wetgevende akten met de bepalingen van het Europees Verdrag Mensenrechten en van het Internationaal Verdrag betreffende de Burgerlijke en Politieke rechten, met name met de bepalingen van een van beide verdragen:

- tot bescherming van het recht op leven;
- houdende verbod op onmenselijke of ontorende straffen of behandelingen;
- houdende verbod op slavernij of dwangarbeid;
- tot waarborg van het recht op vrijheid en veiligheid;

«Examen de la jurisprudence relative aux Communautés européennes», *R.C.J.B.*, (1955-1971) 1971, pp. 409 e.v.; (1971-1977), 1978, pp. 73 e.v.; (1978-1988), 1989, pp. 343 e.v. en pp. 471 e.v.

<sup>4</sup> *A.C.*, 1971, 959, met *concl. procureur-generaal GANSHOF VAN DER MEERSCH*.

- tot erkenning van diverse rechten op een goede rechtsbedeling;
- met betrekking tot de vrijheid van mening en van meningsuiting;
- betreffende het recht om te huwen en een gezin te stichten;
- inzake het discriminatieverbod;
- met betrekking tot het recht op eerbiediging van de eïgendom;
- tot bescherming van het recht op eerbiediging van het privé-leven en het gezinsleven.

Wanneer uw Hof vaststelt dat een bepaling van een van beide verdragen en een zelfs latere bepaling van een wetgevende akte met elkaar conflicteren, wijst het de toepassing van laatstgenoemde bepaling af ten voordele van de internationaalrechtelijke bepaling.

Aldus zal uw Hof, na vaststelling dat artikel 459, tweede lid, van het Gerechdelijk Wetboek, dat bepaalt dat de zaken betreffende de begroting van het honorarium van een advocaat voor de rechtbank in raadkamer worden behandeld, in conflict is met artikel 6, lid 1, E.V.R.M. dat voorschrijft dat inzonderheid de geschillen inzake burgerlijke rechten en verplichtingen in de regel een openbare behandeling vereisen, de beslissing over een dergelijk geschil inzake begroting vernietigen wanneer, overeenkomstig artikel 459, tweede lid, van het Gerechdelijk Wetboek, de zaak in raadkamer is behandeld en uit de stukken waarop het vermag acht te slaan niet blijkt dat zich te dezen een van de gevallen heeft voorgedaan waarin, conform artikel 6, lid 1, E.V.R.M., kon worden afgeweken van de regel van de openbare behandeling van de zaak<sup>5</sup>.

Het beginsel van de voorrang van het bij verdrag bepaald internationaal recht wordt eveneens gehuldigd in de rechtspraak van de Raad van State.

Deze heeft o.m. in een arrest van 17 februari 1989 geweid een bepaling van de wet van 18 juli 1985 betreffende de bekendmaking van de opiniepeilingen toe te passen, op grond dat zij strijdig was met artikel 10 van het Verdrag tot bescherming van de vrijheid van meningsuiting, althans wat betreft de peilingen die aan de gemeenteraadsverkiezingen voorafgaan<sup>6</sup>.

## 2° Het Arbitragehof

11. Constitutioneel is het Arbitragehof niet bevoegd om uitspraak te doen over de schending door een interne rechtswet, inzonderheid door een wet of een decreet, van een regel van internationaal recht. Zelfs de bijzondere wetgever kan het die bevoegdheid niet verlenen. Die interpretatie volgt niet alleen uit de grondwettelijke en wettelijke teksten, maar eveneens uit hun wetsgeschiedenis.

Het Arbitragehof heeft evenwel, vooral sinds 1989, door een verruimende interpretatie van zijn bevoegdheid gaandeweg ook normen van internationaal en supranationaal recht opgenomen onder de normen die het in aanmerking neemt bij de uitoefening van de bevoegdheden die die Grondwet en de wet aan dat hof toekennen. Dat geldt inzonderheid voor de internationale normen betreffende de fundamentele

rechten en vrijheden en voor de normen van het gemeenschapsrecht.

12. De toepassing van internationaal en van supranationaal recht door het Arbitragehof binnen het kader van grondwets- en wetbepalingen waarop zijn bevoegdheden berusten, mag niet uit het oog doen verliezen dat in onze grondwettelijke orde alleen de gerechtelijke en de administratieve rechtscolleges bevoegd zijn om rechtstreeks toezicht te oefenen op de verenigbaarheid van de diverse interne normen met de rechtstreeks toepasselijke normen van de internationale verdragen en van het gemeenschapsrecht.

Doordat die rechtscolleges een rechtstreekse werking hebben toegekend aan de bepalingen van een groot aantal internationale verdragen, en tevens hebben beslist dat die verdragen voorrang hebben op de normen van nationaal recht, hebben zij onder meer het immobilisme van de grondwettelijke orde inzake grondrechten kunnen verhelpen. De grondrechten die zij hanteren zijn lang niet meer beperkt tot de rechten die door onze Grondwet al sedert ruim anderhalve eeuw zijn gewaarborgd, maar omvatten alle andere grondrechten die inzonderheid in het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens en in het Internationaal Verdrag betreffende de Burgerlijke en Politieke rechten aan de verzuchtingen van de moderne mens beantwoorden. Bovendien en vooral, behoort het tot hun bevoegdheid om aan alle grondrechten waarvan de mens in die internationale akten een directe waarborg vindt, rechtstreeks en ten volle uitwerking te verlenen door desnoods alle normen van intern recht die daaraan afbreuk zouden doen, gewoon naast zich neer te leggen, met inbegrip van de strijdige bepalingen van de wetten, decreten of ordonnantiën.

Aldus moet worden aangenomen dat over het algemeen de beschermingsstelsels van de internationale akten, o.m. inzake grondrechten, weliswaar ondergeschikt zijn aan die van de Staat, maar dat die stelsels, ondanks hun ondergeschiktheid, vooral dan door de techniek van rechtstreekse werking en de voorrang waarvan de gerechtelijke en administratieve rechtscolleges toepassing maken, een belangrijke plaats kunnen innemen binnen de in de Staat toepasselijke rechtsorde, vooral wanneer, zoals in ons land het geval schijnt te zijn, de hulpmiddelen van de grondwettelijke orde inzake grondrechten, niet dan onvolkomen aan de noden en verlangens van onze tijd voldoen.

## II. CONFLICT VERDRAG/GRONDWET: TOETSING VAN DE GRONDWETTIGHEID OF TOETSING VAN DE VERENIGBAARHEID MET HET VEDRAG ?

13. In onze rechtsorde worden de bevoegdheden dus verdeeld tussen, enerzijds, de gerechtelijke en de administratieve rechtscolleges en, anderzijds, het Arbitragehof, voor de toetsing van de overeenstemming van de wetten, decreten en ordonnantiën met de hiërarchisch hogere normen. Die bevoegdheidsverdeling geeft uiteraard aanleiding tot coëxistentieproblemen. De grondwetgever van 1988 en de wetgever van 1989 waren zich daarvan bewust: «L'ordonnement des différents contrôles de conformité aux normes de droit supérieurs suscite des problèmes de cohérence»<sup>7</sup>, al-

<sup>5</sup> Cass., 20 jan. 1989, A.R. 6128 (A.C., 1988-89, nr. 299).

<sup>6</sup> J.T., 1989, 254.

<sup>7</sup> Hand., Senaat, 30 november 1988, p. 414.

dus in 1988, senator Lallemand, medeverslaggever over het ontwerp van bijzondere wet op het arbitragehof. Voorbeelden daarvan werden aangehaald tijdens de parlementaire voorbereiding van de constitutionele wet van 15 juli 1988 en van de bijzondere wet van 6 januari 1989.

Liever dan het tweede gedeelte van mijn uiteenzetting te wijden aan het onderzoek van al die verschillende problemen, dacht ik dat het beter was u te onderhouden over één daarvan dat m.i. fundamenteel is in de verhouding tussen beide soorten toetsingen waarover ik het zoëven heb gehad: ik bedoel het reeds door mij aangewezen probleem bij een eventueel conflict tussen het verdrag en de Grondwet. Dat die mogelijkheid niet louter hypothetisch is, is de jongste maanden o.a. gebleken uit zekere rechterlijke en regeringsbeslissingen waarover ik het nog zal hebben, of uit de controverse over de goedkeuring van het Verdrag van Maastricht. Dient men in zodanig conflict voorrang te geven aan de Grondwet of aan het verdrag? En indien het conflict door de rechter moet worden getoetst, wat is dan overigens de aard van die toetsing? Wordt daarbij de grondwettigheid van het verdrag dan wel de verenigbaarheid van de Grondwet met het verdrag getoetst? Met andere woorden, zal de verdragsnorm worden getoetst aan de Grondwet of zal, omgekeerd, deze aan de verdragsnorm worden getoetst? Moet de internationale verdragsregel met rechtstreekse gevolgen, die sinds uw arrest *Le Ski* van 27 mei 1971 als verwijzingsnorm geldt, volgens de uitdrukking van professor Lejeune en van P. Brouwers «worden verlaagd tot de rang van gecontroleerde norm»<sup>8</sup>?

Al die vragen komen erop neer te bepalen welke plaats in de hiërarchie der rechtsnormen het verdrag resp. de Grondwet innemen. Voor de oplossing van dat nogal ingewikkeld probleem dienen een aantal *distinguo's* te worden gemaakt. Vóór alles moet men onderscheid maken tussen de oplossing in de internationale rechtsorde en die in de interne rechtsorde, zonder ze allebei als onafhankelijk en gescheiden te beschouwen, wat zou betekenen dat men ervan uitgaat dat hun verband van dualistische aard is.

#### A. Conflict Verdrag/Grondwet in de internationale rechtsorde

14. In de internationale rechtsorde en voor de internationale rechtscolleges is de oplossing onbetwistbaar: het toepasselijke verdrag heeft voorrang boven de grondwetten van de bij het verdrag betrokken Staten.

De regel volgens welke de partijen in een verdrag zich ter verantwoording van de niet-uitvoering van het verdrag niet mogen beroepen op de bepalingen van hun nationaal recht, staat uitdrukkelijk vermeld in artikel 27 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht van 23 mei 1969, in werking getreden op 27 januari 1980 voor de Staten die erbij betrokken zijn.

Die regel staat eveneens in artikel 13 van de Verklaring van de rechten en de verplichtingen van de Staten, die is opgesteld door de Commissie voor het internationaal recht.

Sinds lang is hij bekrachtigd in tal van scheidsrechterlijke beslissingen, alsook in talrijke arresten of adviezen van het Permanent Hof van Internationale Justitie.

In het internationaal recht kan men die regel beschouwen als een gevolg van het fundamenteel beginsel van het volkenrecht «*Pacta sunt servanda*», welk principe als volgt is uitgedrukt in het Verdrag van Wenen: «Elk in werking getreden verdrag verbindt de partijen en moet door hen te goeder trouw ten uitvoer worden gelegd.» Zodra een Staat partij is bij een verdrag, dat wil zeggen zodra die Staat erin toegestemd heeft dat hij door het verdrag is gebonden en dat het verdrag te zijnen opzichte van kracht is, kan hij zich niet meer beroepen op de regels van de Grondwet om zich te onttrekken aan de uitvoering van zijn verplichtingen uit het verdrag.

A fortiori, is de regel inzake voorrang van het internationaal verdrag op de grondwetten van de Staten van toepassing binnen de specifieke rechtsorde die door de gemeenschapsverdragen is ingevoerd, en die is opgenomen in het rechtsstelsel van de Lid-Staten.

15. De regel volgens welke in de internationale rechtsorde een Staat die partij is bij een verdrag, zich niet kan beroepen op de bepalingen van zijn nationaal recht en met name van zijn grondwettelijk recht, om de niet-uitvoering van het verdrag te rechtvaardigen, is evenwel niet absoluut. Immers, er dient rekening te worden gehouden met een andere regel waardoor die wordt getemperd. Zoals in artikel 27 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht wordt bepaald, geldt die regel onverminderd een artikel van dat Verdrag, namelijk artikel 46 van de afdeling inzake de ongeldigheid van de verdragen, dat betrekking heeft op de bepalingen van het nationaal recht inzake de bevoegdheid tot het sluiten van verdragen.

Artikel 46, § 1, luidt als volgt: «Het feit dat de instemming van een Staat om door een verdrag gebonden te worden is gegeven in strijd met een bepaling van zijn nationaal recht betreffende de bevoegdheid tot het sluiten van verdragen, mag door die Staat niet worden aangevoerd ter ongeldigverklaring van die instemming, tenzij die strijdigheid onmiskenbaar was en een regel van fundamenteel belang van het nationale recht van die Staat betrof.»

Die beperking op artikel 46 is, naar mijn mening, enkel toepasselijk op de grondwettelijke en andere regels van het nationale recht die betrekking hebben op de bevoegdheid tot het sluiten van verdragen. Zij geldt niet voor de andere grondwettelijke regels.

Volgens die regeling kan een Staat die partij is bij een verdrag, aanvoeren dat schending van een regel van zijn grondwet inzake de bevoegdheid tot het sluiten van verdragen zijn instemming om door het verdrag gebonden te worden ongeldig maakt en dat er in het verdrag derhalve een nietigheidsgrond voorkomt, onder twee voorwaarden, te weten dat die strijdigheid onmiskenbaar en dat de geschonden regel van fundamenteel belang is.

16. Uit die diverse beschouwingen over de voorrang, in de internationale rechtsorde, van de verdragen boven de Grondwet van de verschillende verdragsluitende partijen, meen ik onder meer te kunnen afleiden dat, ingeval een wet, een decreet of een ordonnantie houdende instemming met een voor België bindend verdrag, vernietigd of geschorst of nog ongrondwettig verklaard wordt door een arrest van het Arbitragehof, zodanige beslissing, in zoverre het verdrag

<sup>8</sup> LEJEUNE, Y. en BROUWERS, P., «La Cour d'arbitrage face au contrôle de constitutionnalité des traités», nr. 3 (zal eerstdaags verschijnen).

daardoor niet kan worden uitgevoerd, zou meebrengen dat de verplichtingen ervan niet in acht worden genomen, zodat de Belgische Staat in beginsel internationaalrechtelijk aansprakelijk zou zijn.

Maar als het arrest van vernietiging of van schorsing van de wet, het decreet of de ordonnantie tot instemming of van het prejudicieel arrest waarbij die wet, dat decreet of die ordonnantie ongrondwettig wordt verklaard, zijn beslissing deed steunen op de onmiskenbare strijdigheid van een grondwettelijke of wettelijke regel van fundamenteel belang inzake de bevoegdheid tot het sluiten van verdragen, dient de internationale overheid waarbij het geschil zou zijn aangebracht, te onderzoeken of de instemming van de Belgische Staat om door het verdrag gebonden te worden inderdaad ongeldig is geworden door de onmiskenbare strijdigheid van zodanige regel en zo ja, normaliter, vast te stellen dat het verdrag ongeldig is.

## B. Conflict Verdrag/Grondwet in de nationale rechtsorde

17. In de nationale rechtsorde vertoont een strijdigheid tussen het verdrag en de Grondwet fundamenteel verschillende aspecten, naargelang ze zich voordoet vóór of nadat het verdrag op het internationaal vlak in werking is getreden ten aanzien van de Staat.

Alvorens uit te weiden over die strijdigheid in de tijd, meen ik de aandacht van het Hof te moeten vestigen op de rechtspraak, de rechtsleer en op de parlaments- en regeringspraktijken in dezen.

### 1° Rechtspraak, rechtsleer, parlaments- en regeringspraktijken

#### a) RECHTSPRAAK

18. Twintig jaar geleden dienden de Belgische rechtscolleges slechts uitzonderlijk uitspraak te doen over het conflict Verdrag/Grondwet.

Enerzijds werd algemeen aangenomen dat zij niet bevoegd waren om na te gaan of een wet al dan niet in overeenstemming was met de Grondwet, en het lijkt geen twijfel dat ze zich daarom ook verplicht zouden hebben geacht om toepassing te maken van bij wet goedgekeurd verdrag ongeacht de eventuele ongrondwettigheid ervan.

Anderzijds was destijds door de rechtspraak het principe nog niet aanvaard dat het bij verdrag bepaald internationaal recht met rechtstreekse werking voorrang heeft boven de nationaalrechtelijke normen.

Toen u in uw arrest *Le Ski* van 27 mei 1971 de voorrang in de nationaalrechtelijke orde erkende van het rechtstreeks toepasselijke bij verdrag bepaald internationaal recht, hebt u de volgende woorden gebruikt: «Wanneer een conflict bestaat tussen een nationaalrechtelijke norm en een internationaalrechtelijke norm die rechtstreekse gevolgen heeft in de nationale rechtsorde, moet de door het verdrag bepaalde regel voorrang hebben; (...) deze voorrang volgt uit de aard zelf van het bij verdrag bepaald internationaal recht.»

Diezelfde woorden komen voor in uw arresten van 26 september 1978, 4 april 1984, 20 januari 1989, 10 mei 1989 en 14 maart 1991<sup>9</sup>.

Daarin wordt evenmin als in de conclusie van procureur-generaal Ganshof van der Meersch voor uw arrest van 27 mei 1971 onderscheid gemaakt tussen de verschillende nationaalrechtelijke normen. Ik meen dat die formulering derhalve impliceert dat, volgens uw Hof, de voorrang van de internationale verdragen met rechtstreekse werking in de Belgische rechtsorde, voor alle nationaalrechtelijke normen en met name voor de grondwettelijke normen geldt.

Zulks was ook de opvatting in 1988 van senator Lallemand, medeverslaggever in de Senaat over het voorstel tot herziening van artikel 107ter van de Grondwet. Met verwijzing naar de rechtspraak van uw Hof betreffende de voorrang van het bij verdrag bepaald internationaal recht, verklaart de heer Lallemand terecht dat «selon cette jurisprudence, la norme de droit international prime, en Belgique, non seulement la loi, mais aussi la Constitution»<sup>10</sup>.

In een commentaar op hetzelfde arrest oordeelt decaan De Visscher weliswaar dat «la portée est étrangère (...) au conflit entre un traité et une disposition constitutionnelle», maar hij voegt er dadelijk aan toe dat in dit geval «la nature conventionnelle du traité devrait commander la même solution»<sup>11</sup>.

Mij zijn maar twee rechterlijke beslissingen bekend die, na uw arrest *Le Ski* van 1971, met toepassing van het erin gehuldigde beginsel expliciet of impliciet een grondwettelijke bepaling hebben getoetst aan een bepaling van een verdrag dat rechtstreekse werking heeft in de nationale rechtsorde, te weten een arrest van 25 februari 1974 van het Hof van Beroep te Brussel dat beslist dat artikel 50, 3°, van de Grondwet inzake de verkiesbaarheid voor de Kamer van Volksvertegenwoordigers niet strijdig is met artikel 14 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens noch met artikel 3 van het Eerste Protocol bij dat Verdrag<sup>12</sup>, en een vonnis van 9 februari 1990 van de Burgerlijke Rechtbank te Brussel, waarin impliciet voorrang is gegeven aan de regels van artikel 48 van het EEG-Verdrag boven artikel 6, tweede lid, van de Grondwet<sup>13</sup>.

Omgekeerd heeft een arrest van het Hof van Beroep te Bergen van 2 november 1989 impliciet de voorrang van de Grondwet boven het rechtstreeks toepasselijke verdrag erkend toen het besliste dat de normen van de op 28 maart 1976 tussen België en Zaïre gesloten akkoorden kennelijk de artikelen 6 en 6bis van de Grondwet niet schonden<sup>14</sup>.

In dezelfde zin heeft het Arbitragehof in een arrest van 16 oktober 1991, over een prejudiciële vraag, voor recht gezegd dat de wet van 16 augustus 1971 de artikelen 6 en 6bis van de Grondwet niet schond, in zoverre daarin een norm werd goedgekeurd van een akkoord dat op 19 oktober 1970

<sup>9</sup> A.C., 1978-79, 116; 1983-84, nr. 448; 1988-89, nr. 299 en nr. 514; 1990-91, nr. 368.

<sup>10</sup> *Hand., Senaat*, 14 juni 1988, p. 471.

<sup>11</sup> DE VISSCHER, P., «La Constitution belge et le droit international», *Revue belge de droit international*, 1986, 5-58, inz. 31.

<sup>12</sup> J.T., 1974, 444.

<sup>13</sup> *Rev.dr. des étrangers*, 1990, nr. 58, p. 84; *J.L.M.B.*, 1990, 769.

<sup>14</sup> *J.L.M.B.*, 1990, 198.

tussen België en Nederland inzake belastingen was gesloten<sup>15</sup>.

In dat arrest oordeelt het Arbitragehof dat het niet alleen bevoegd is om uitspraak te doen over de beroepen tot vernietiging wegens onverenigbaarheid van een wetgevende instemmingsakte met de artikelen 6, *6bis* en 17 van de Grondwet alsmede met de regels tot verdeling van de bevoegdheid tussen de Staat, de Gemeenschappen of de Gewesten, maar ook om uitspraak te doen over de prejudiciële vragen inzake een dergelijke onverenigbaarheid. Wanneer het te beslissen heeft over een prejudiciële vraag inzake de verenigbaarheid van een wet, een decreet of een ordonnantie houdende instemming, met de voormelde artikelen van de Grondwet, alsmede met de voormelde bevoegdheidsverdelende regels, acht het zich gerechtigd die verenigbaarheid te toetsen om op de vraag te kunnen antwoorden.

Het verklaart zich bovendien bevoegd om de verenigbaarheid, niet alleen van de wet, het decreet of de ordonnantie houdende goedkeuring van het verdrag, maar ook van het aldus goedgekeurde verdrag te toetsen aan die artikelen 6 en *6bis* van de Grondwet.

#### b) RECHTSLEER

19. Voor zover ik weet, is die vraag tot op heden in België door de rechtsleer niet uitvoerig behandeld. Ik wil niet zo ver gaan als de heer Lallemand in zijn opmerkelijke boutade: «La doctrine juridique a ce trait particulier qu'elle s'unifie dans l'ignorance et se divise dans le savoir»<sup>16</sup>. Ik zou zeggen dat de Belgische rechtsleer in 't algemeen het belang van het probleem blijkbaar heeft onderschat en dat een paar auteurs die het hebben bestudeerd, het niet eens zijn. Er staan twee opvattingen tegenover elkaar; volgens de ene heeft het verdrag voorrang boven de Grondwet en volgens de andere is het juist andersom, te weten dat de Grondwet voorrang heeft boven het verdrag. Aanhangers van de eerste stelling, nl. de voorrang van het verdrag, zijn o.a.: de professoren J. De Meyer<sup>17</sup>, Paul de Visscher<sup>18</sup>, Ergéc<sup>19</sup>, Leroy<sup>20</sup>, Louis<sup>21</sup>, Rimanque<sup>22</sup>, Jean Salmon<sup>23</sup> en Van Welkenhuyzen<sup>24</sup>.

<sup>15</sup> Arbitragehof, 16 oktober 1991, arrest nr. 26/91, rolnr. 192.

<sup>16</sup> *Hand., Senaat*, 26 april 1983, p. 1776.

<sup>17</sup> DE MEYER, J., «Révisions de Constitution», *Synthèses*, december 1951, nr. 67, pp. 293-312; «La Constitution belge et l'Europe», *Synthèses*, februari 1952, nr. 69; *Staatsrecht*, Leuven, 11e druk, 1985, pp. 77-78.

<sup>18</sup> DE VISSCHER, P., o.c., p. 31.

<sup>19</sup> ERGEC, R., «Le droit international et le droit à l'égalité des étrangers dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage», *R.C.J.B.*, 1991, 622-649, inz. 647-648.

<sup>20</sup> LEROY, M., *Les règlements et leurs juges*, Brussel, 1987, p. 154.

<sup>21</sup> LOUIS, J.V., «L'accès aux emplois dans l'administration publique. Conclusions», *A.P.T.*, 1981, 271-273; *L'ordre juridique communautaire*, Brussel, 5e druk, 1990, pp. 134-157.

<sup>22</sup> RIMANQUE, K., *De regel is niet steeds recht*, Antwerpen, 1990, pp. 46-48.

<sup>23</sup> SALMON, J., «Les problèmes d'adaptation de l'ordre juridique international» in *La réforme de l'Etat, 150 ans après l'indépendance nationale*, Brussel, 1980, pp. 123-191, inz. pp. 180-182.

<sup>24</sup> VAN WELKENHUYZEN, A., «Les limites du droit constitutionnel», in *Rapports belges au XIIIe Congrès de l'Académie internationale*

De tegenovergestelde stelling – voorrang van de Grondwet – is voorgestaan door de professoren Dumon<sup>25</sup> en Verhoeven<sup>26</sup>, professor Lejeune en P. Brouwers<sup>27</sup>, alsook de voorzitter Masquelin<sup>28</sup>.

Dat bepaalde auteurs twijfelen blijkt hieruit dat decaan Delpérée nu eens de eerste dan weer de tweede stelling verdedigt<sup>29</sup>.

#### c) PARLEMENTS- EN REGERINGSPRAKTIJKEN

20. De parlamentspraktijk is onzeker. De vruchtbare jaren vijftig bezorgden ons in het Parlement allerlei stellingen m.b.t. de verhouding tussen de verdragen en de Grondwet, waardoor men wilde rechtvaardigen dat de toetreding tot de gemeenschapsverdragen geen voorafgaande herziening van de Grondwet impliceerde<sup>30</sup>.

*de droit comparé* (Sidney, aug. 1986) Antwerpen-Brussel, 1988, pp. 77 e.v., inz. p. 83.

<sup>25</sup> DUMON, F., *La Cour de Justice Benelux*, Brussel, 1980, pp. 118-125; «De verhouding internationaal recht – nationaal recht», in *Het publiek recht vandaag, T.B.P.*, 1981, 14-26; «Les rapports entre le droit constitutionnel et le droit international», in *Le nouveau droit constitutionnel*, Brussel-Louvain-La Neuve, 1987, pp. 205-223, inz. pp. 215-217.

<sup>26</sup> VERHOEVEN, J., «Sources et principes du droit des gens et ordre juridique belge: certitudes et vraisemblances», in *Hommage à Paul De Visscher*, Parijs, 1984, pp. 23-51, inz. pp. 40-41.

<sup>27</sup> LEJEUNE, Y. en BROUWERS, P., o.c., nr. 14.

<sup>28</sup> MASQUELIN, J., *R.P.D.B.*, v° «Traité internationaux», nr. 303.

<sup>29</sup> DELPÉRÉE, F., «L'accès aux emplois dans l'administration publique – Les législations nationales – Le droit belge», *A.P.T.*, 1981, 253-261; Verklaring aan *La Libre Belgique*, 5 juni 1992, p. 3; «La Belgique et l'Europe», *Journal des Procès*, 12 juni 1992, pp. 14-16.

<sup>30</sup> DELVA, J., «Begrenzing van onze soevereiniteit in het licht van grondwetsartikel 25bis», in *Mél. Victor*, Antwerpen, 1973, pp. 255 e.v.; DE STEXHE, P., *La révision de la Constitution belge 1968-1971*, Namen-Brussel, 1972, p. 229; DE VISSCHER, P., «Le plan Schuman et la Constitution. Faut-il réviser la Constitution?», *La Relève*, 30 juni 1951, pp. 6-7; *idem*, «Les tendances internationales des constitutions modernes», *R.C.A.D.I.*, 1952-1, deel 80, pp. 511 e.v.; *idem*, «De aanpassing van de Belgische Grondwet aan de actuele internationale werkelijkheid», *R.W.*, 1965-66, 2041 e.v.; DE VISSCHER, P., DOR, G., GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J. en MAST, A., «Advies aan de Regering verstrekt nopens de grondwettelijke bepalingen tot herziening waarvan er aanleiding zou bestaan, ten einde België in de mogelijkheid te stellen tot een supranationale politieke gemeenschap toe te treden», *Gedr.St., Kamer*, 1952-53, nr. 996, 9 e.v.; DE VISSCHER, P., e.a., *L'adaptation de la Constitution belge aux réalités internationales* (actes du colloque conjoint des 6-7 mai 1965), Brussel, 1966; DURIEUX, A., «La révision de la Constitution belge, le problème de l'intégration politique européenne et le Congo belge», *Journ. trib. d'outre mer*, 1953, 173 e.v.; DURIEUX, J., «Le plan Schuman et la Constitution belge», *J.T.*, 1951, 677-678; *idem*, «La Constitution belge dans l'Europe de demain», *J.T.*, 1953, 166 e.v.; GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., «Défense nationale et souveraineté», *R.U.L.B.*, nouvelle série, 3e année, 1950-51, 215 e.v.; *idem*, «Le plan Schuman et la Constitution belge», *R.U.L.B.*, nouvelle série, 4e année, 1951, 5 e.v.; *idem*, «La Constitution belge et l'évolution de l'ordre juridique international», *A.D.S.P.*, deel XII, nr. 40, Brussel, 1952, pp. 331 e.v.; *idem*, «Réflexions sur le droit international et la révision de la Constitution», *J.T.*, 1988, 485 e.v.; *R.B.D.I.*, 1969, 1 e.v.; *idem*, concl. voor Cass., 27 mei 1971 (*Pas.*, 1971, I, 806 e.v.); GOOSSENS, C., «La Communauté européenne du charbon et de l'a-



Ik vermeld er enkele, zonder commentaar <sup>31</sup>.

Een stelling handelt over het domein van de nationale soevereiniteit: de soevereiniteit van de Staat is niet absoluut; zij is beperkt tot wat van nationaal belang is: al wat van internationaal belang is valt er buiten; de grondwettelijke beginselen kunnen derhalve geen toepassing vinden op het internationaal domein waarop de nationale soevereiniteit geldt <sup>32</sup>.

cier et le régime constitutionnel de la Belgique», *Rev.dr.publ. et sc. pol.*, 1955, 98 e.v.; Jonkheer H.F. VAN PANHUY, «La révision récente des dispositions constitutionnelles relatives aux relations internationales», *Rev.dr.publ. et sc.pol.*, 1955, 330 e.v.; LOUIS, J.V., «L'article 25bis de la Constitution belge», *R.M.C.*, 1970, 411 e.v.; *idem*, «Le droit belge et l'ordre juridique international», *J.T.*, 1972, 437 e.v. MAST, A., «De soevereiniteitsopdrachten en de herziening der grondwet», *A.D.S.P.*, deel XII, nr. 52, 1953, pp. 1 e.v.; *idem*, «Les transferts de souveraineté et la révision de la Constitution» (Franse samenvatting), *A.D.S.P.*, deel XIII, nr. 52, pp. 37 e.v.; *idem*, *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht*, 7e druk, Gent, 1983, p. 340; RIGAUX, F., «Quelques réflexions sur l'évolution constitutionnelle de la Belgique et les relations internationales», in *Hommage à Paul De Visscher. Evolutions constitutionnelles en Belgique et relations internationales*, Parijs, 1984, pp. 173 e.v.; SCHEPERS, S., «Note sous l'article 25bis de la Constitution belge», *R.P.*, 1975, 245 e.v.; SENELLE, R., *Le Constitution belge commentée*, Brussel, 1974, pp. 72 e.v.; SUETENS, J., «De afdeling wetgeving van de Raad van State en de Grondwet, artikelen 25bis, 110 en 112 der grondwet», *T.B.P.*, 1973, 33 e.v.; VALTICOS, M., «Expansion du droit international et constitutions nationales, un cas significatif: le transfert de pouvoirs à des organisations internationales et la Constitution belge», in *Hommage à Paul De Visscher. Evolutions constitutionnelles en Belgique et relations internationales*, Parijs, 1984, pp. 9 e.v.; VELU, J., *Droit public*, I, Brussel, pp. 84-90; VERHOEVEN, J., «Le droit international et la Constitution révisée», *A.D.*, 1972, nr. 2-3, pp. 257 e.v.; *idem*, «Sources et principes du droit des gens et ordre juridique belge: certitudes et vraisemblances», in *Hommage à Paul De Visscher. Evolutions constitutionnelles en Belgique et relations internationales*, Parijs, 1984, pp. 23 e.v.; WAELEBROECK, M., «Peut-on parler d'un droit constitutionnel européen?», *Trav. et Conf. Fac. de droit de l'ULB*, 1964, II, pp. 75 e.v.; WAELEBROECK, M. en VAN DER MENSBRUGGHE, J., «L'attribution de compétences constitutionnelles à des institutions de droit international public», in *L'adaptation de la Constitution belge aux réalités internationales*, Brussel, 1965, pp. 41 e.v.; WIGNY, P., «Les institutions européennes, le droit et le fait», *Bull.Ac. de Belgique. Cl. des lettres et des sc. morales et politiques*, 1956, p. 324 e.v.; *idem*, *Propos constitutionnels*, Brussel, 1963, pp. 11 e.v.; *idem*, *La troisième révision de la Constitution*, Brussel, 1972, pp. 344 e.v.; Institut royal des relations internationales, *Les conséquences d'ordre interne de la participation de la Belgique aux organisations internationales*, Brussel - Den Haag, 1964.

<sup>31</sup> Voor een kritisch onderzoek van die stellingen, zie inz. GANSHOF VAN DER MEERSCH, «La Constitution belge et l'évolution de l'ordre juridique international», *Ann.Dr.Sc.Pol.*, 1952, 331-426, inz. 383-399.

<sup>32</sup> De h. DUVIEUSART, verslaggever in de Senaat voor het EGKS-verdrag, rapport der verenigde commissies van Buitenlandse en Economische Zaken (*Gedr.St., Senaat*, 1951-52, pp. 62 e.v.)

«La souveraineté absolue et sans limite», zo stelde de h. Duvieusart, «est la négation même de la société et de toute morale internationales; aussi les Etats ont toujours reconnu une limitation à leur souveraineté et aucun obstacle d'ordre constitutionnel n'existe à la réglementation par voie de traité des matières qui ne font pas partie du domaine réservé. M. De Visscher enseigne qu'en de telles matières un Etat peut, par sa procédure de conclusion de traités, consentir à l'établissement de règles communes et mêmes à l'instaur-

Voorts was er ook de stelling inzake de bij artikel 68 van de Grondwet toegestane afstand van staatsbevoegdheid, volgens welke die bepaling, die aan de Koning de macht verleent om verdragen te sluiten en zelfs aanneemt dat die verdragen de Belgen individueel kunnen binden, de bevoegdheid van de Koning op dat vlak niet beperkt; zulks zou een barst zijn in het stelsel van artikel 25 krachtens hetwelk alle machten worden uitgeoefend als bij de Grondwet bepaald, met het gevolg dat de grondwetsmaterie, althans die welke betrekking heeft op de organisatie, de werking en de bevoegdheid van de machten, rechtmatig door die barst kan afvloeien <sup>33</sup>. Sommigen beperkten het absolute karakter van die stelling door op de aangelegenheden die ingevolge het verdrag buiten de grondwettelijke regels zouden vallen, uitzondering te maken voor alles wat de persoonlijke vrijheden aangaat <sup>34</sup>.

Nog een andere stelling is die van het vermoeden van grondwettigheid der verdragen; doordat alleen de wetgever de Grondwet kan vertolken is alles wat hij goedkeurt, noodzakelijk grondwettig, daar hij alleen in geweten verantwoor-

ration d'un véritable pouvoir supranational (...). Nos constituants ont eu en vue des rapports de l'Etat, de ses différents pouvoirs et des citoyens belges dans les limites territoriales de la Belgique (...). L'oeuvre du constituant est 'étrangère aux conséquences résultant des rapports de la Belgique avec d'autres Etats' (...). Aucun principe constitutionnel ne peut s'appliquer 'pour des affaires qui par leur nature même sont internationales et dépendent par conséquent de droit et des traités internationaux'.

<sup>33</sup> De h. DUVIEUSART, verslaggever in de Senaat voor het EGKS-verdrag, rapport der verenigde commissies van Buitenlandse en Economische Zaken (*Gedr.St., Senaat*, 1951-52, p. 64); DEHOUSSE, F., (*Hand., Senaat*, 1951-52, 30 jan. 1952, pp. 306-307); WIGNY, P., «Droit constitutionnel», Brussel, I, pp. 111-112; *idem*, «Le plan Schuman et la Constitution belge», in *Etudes économiques*, 1951, p. 153:

«Les constituants», schrijft de h. Wigny, «ont bien dit à l'article 25, que la souveraineté était nationale, mais ils ont admis à l'article 68 que le Roi pouvait faire des traités. Ils ont même précisé que les traités seraient parfois de nature à lier individuellement les Belges. Ils n'ont pas déclaré et ils ne pouvaient pas déclarer que ces traités se borneraient à édicter des règles de droit et ne créeraient jamais des administrations internationales.

Des règles internationales et des organes internationaux ne sont pas contraires à la Constitution» (*Droit constitutionnel*, I, pp. 111-112).

<sup>34</sup> WIGNY, P., *Droit constitutionnel*, Brussel, I, p. 112; *idem*, «Le plan et la Constitution belge», in *Etudes économiques*, 1951, pp. 149 e.v.; STRUYE, P., «La Belgique et l'Armée 'européenne'», *Revue générale belge*, 1952, 507 e.v.

«Une réserve s'impose», schrijft de h. WIGNY, «divers Etats ne peuvent coordonner que leurs pouvoirs. Or, en droit public belge, la compétence n'est pas illimitée. Comme nous allons le voir, l'autorité toute puissante s'arrête devant le réduit sacré des droits de la personne. Cette réserve absolue vaut aussi bien pour les organes nationaux qu'à l'égard des organes internationaux. Ce qu'un gouvernement ne pourrait faire seul, il ne peut autoriser une autorité internationale à le réaliser.»

In dezelfde zin, merkt P. STRUYE op dat «tout traité international qui aboutirait à priver les Belges ou certains d'entre eux des libertés fondamentales: liberté de la presse, liberté des cultes, liberté d'association, serait une violation éhontée de notre Constitution» (STRUYE, P., *o.c.*, pp. 567 e.v.).

delijk is voor de naleving van de Grondwet waartoe hij zich onder ede heeft verplicht <sup>35</sup>.

Een andere stelling nog was op de noodtoestand gegrond; schending van de Grondwet zou eventueel noodwendig kunnen blijken wanneer de ontbinding van de Kamers met het oog op een herziening van de Grondwet, in het belang van de natie, ten zeerste ongelegen zou wezen <sup>36</sup>.

In juni 1988 heeft, zoals ik reeds heb gezegd, senator Lallemant, tijdens het debat over het voorstel tot herziening van artikel 107ter van de Grondwet, als medeverlaggever over dat voorstel, uw arrest Le Ski uitdrukkelijk uitgelegd in die zin dat het verdrag met rechtstreekse werking in de nationale rechtsorde voorrang heeft boven de Grondwet <sup>37</sup>.

Maar in oktober 1991, tijdens de bespreking in de senaatscommissie voor de herziening van de Grondwet en de hervorming van de instellingen, nopens het regeringsvoorstel tot herziening van titel III, hoofdstuk III, van de Grondwet, met het oog op de toevoeging van een artikel betreffende de verhouding tussen de nationaal- en de supranationaalrechtelijke normen en die van het internationaal recht, heeft een commissielid verklaard «zonder voorbehoud te kunnen instemmen met het voorstel en dat aldus de Grondwet herzien kon worden», om daarin «de voorrang van het internationaal recht op te nemen, overeenkomstig de vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie», maar dat volgens hem «zulks niet belette dat de vraag of het supranationaal recht voorrang had boven de Grondwet, wat in de rechtsleer en in de rechtspraak zeer betwist werd, nog op te lossen was». Waarop de vice-eerste minister antwoordde dat «het voorstel van verklaring tot herziening geen enkel standpunt desaangaande inhield» <sup>38</sup>.

21. De regeringspraktijk gaat duidelijk in de zin van de voorrang van het verdrag boven de Grondwet, zoals onder meer blijkt uit de twee recente stellingnamen van de Regering.

De eerste heeft betrekking op het conflict tussen artikel 48, lid 4, van het EEG-Verdrag, zoals het door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen is uitgelegd, en artikel 6, tweede lid, van de Grondwet, in verband met de toelating van de onderdanen van de andere Lid-Statens van de EEG tot de betrekkingen in openbare diensten.

Artikel 48 van het EEG-Verdrag waarborgt het vrije verkeer van de werknemers binnen de Gemeenschap en verbiedt elke discriminatie op grond van de nationaliteit tussen de werknemers van de Lid-Statens wat de werkgelegenheid, de beloning en de andere arbeidsvoorwaarden betreft. Volgens lid 4 zijn de bepalingen van dit artikel niet van toepassing op de betrekkingen in overheidsdiensten.

Artikel 6, tweede lid, van de Grondwet, luidt, na de bepaling «De Belgen zijn gelijk voor de wet», dat «alleen zij tot de burgerlijke en militaire bedieningen benoembaar zijn, behoudens de uitzonderingen die voor bijzondere gevallen door een wet kunnen worden gesteld».

In een arrest van 17 december 1980 heeft het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen <sup>39</sup> België veroordeeld omdat het de Belgische nationaliteit als voorwaarde had gesteld voor de toegang tot betrekkingen bij publiekrechtelijke personen (N.M.B.S., B.M.V.B., stad Brussel, gemeente Oudergem) en voor betrekkingen van sjouwers, locomotiefbestuurders, spoorleggers, rangeerders en seingevers (bij de spoorwegen), verpleegsters, kinderverzorgsters, nachtwakers, architecten, loodgieters, schrijnwerkers en hulptuiniers (Stad Brussel en gemeente Oudergem). Volgens dat arrest moet de afwijking van lid 4 van artikel 48 van het EEG-Verdrag beperkend worden uitgelegd: «Door deze bepaling worden een aantal betrekkingen die, al dan niet rechtstreeks, deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag inhouden en die werkzaamheden omvatten strekkende tot bescherming van de algemene belangen van de Staat of van andere openbare lichamen, aan de werkingssfeer van de eerste drie leden van artikel 48 onttrokken. Dergelijke betrekkingen onderstellen immers bij de functionaris een bijzondere band van solidariteit ten opzichte van de Staat en een wederkerigheid van rechten en plichten die de grondslag vormen van de nationaliteitsverhouding.» In het arrest wordt aldus onderscheid gemaakt tussen de «overheidswerkzaamheden in eigenlijke zin» en de «activiteiten die niet als typische overheidsstaken zijn te beschouwen, doch die wegens hun aard wel behoren tot het gebied waarop het verdrag van toepassing is». Het leidt eruit af dat de omschrijving van betrekkingen t.o.v. het begrip «overheidsdienst», in de zin van artikel 48, lid 4, «afhangt van de vraag of de bedoelde betrekkingen al dan niet typerend zijn voor de specifieke taak van de overheid voor zover deze is belast met de uitoefening van het openbaar gezag en verantwoordelijk is voor de bescherming van de algemene belangen van de Staat» <sup>40</sup>.

<sup>39</sup> Zaak 149/79, Commissie/België (*Jur. H.v.J.*, 1980, 3881, met concl. van advocaat-generaal MAYRAS, p. 3906). Zie ook H.v.J.: 12 februari 1974, zaak 152/73, Sotgiu/Deutsche Bundespost (*Jur. H.v.J.*, 1974, 153); 21 juni 1974, zaak 2/74, Reyners/België (*Jur. H.v.J.*, 1974, 631); 26 mei 1982, zaak 149/79, Commissie/België (*Jur. H.v.J.*, 1982, 1845); 3 juni 1986, zaak 307/84, Commissie/ Frankrijk (*Jur. H.v.J.*, 1986, 1725); 3 juli 1986, zaak 66/85, Lawrie-Blum (*Jur. H.v.J.*, 1986, p. 2121); 6 juni 1987, zaak 225/85, Commissie/Italië (*Jur. H.v.J.*, 1987, 2625); 30 mei 1989, zaak 33/88, Pilar Allué en Carmel Mary Coonan (*Jur. H.v.J.*, 1989, 1591); 28 november 1989, zaak 379/87 (*Rev. Dr. Etr.*, 1989, nr. 56, p. 297); Rb. Brussel, 9 februari 1990 (*Rev. Dr. Etr.*, 1990, nr. 58, p. 84, en de noot van MIGNON, E., «L'accès des étrangers aux emplois dans l'administration publique». Wat de invloed van deze rechtspraak op het Belgisch recht betreft, zie o.m. DELPÉRÉE, F., «L'accès aux emplois dans l'administration publique. Les législations nationales – Le droit belge», *A.P.T.*, 1981, 253-262; DEMANET, O., «De la liberté" de circulation en droit communautaire», rede uitgesproken op de plechtige openingszitting van het Arbeidshof te Bergen op 3 september 1991, inz. pp. 34-36; MIGNON, E., «L'accès des étrangers aux emplois dans l'administration publique», *Rev. Dr. Etr.*, 1990, nr. 58, pp. 87-91; NAOME, C., «Libre circulation des travailleurs et service public», *J.L.M.B.*, 1990, 769-770; SECHE, J.C., «L'apport de l'arrêt de la Cour de Justice du 17 décembre 1980 (Commission/Belgique, 149-79)», *A.P.T.*, 1981, 249-252.

<sup>40</sup> Op 5 januari 1988 werd de Belgische regering n.a.v. de rechtspraak van het Hof van Justitie officieel ingelicht over het standpunt van de Commissie m.b.t. de toegang tot overheidsbetrekkingen van

<sup>35</sup> Verklaring van de h. F. DEHOUSSE in de Senaat, *Hand., Senaat*, 1951-52, 30 jan. 1952, p. 314.

<sup>36</sup> Senator GILLON (*Hand., Senaat*, 1951-52, 29 jan. 1952, p. 287); senator F. DEHOUSSE (*Hand., Senaat*, 1951-52, 30 jan. 1952, p. 314).

<sup>37</sup> *Hand., Senaat*, 14 juni 1988, p. 471.

<sup>38</sup> *Gedr.St., Senaat*, 1991-92, nr. 1449/2, 46.

Onder de desbetreffende parlementaire vragen is er een <sup>41</sup> waarin volksvertegenwoordiger Simons op 25 oktober 1990 aan de minister van Binnenlandse Zaken vroeg of het recht van de vreemdelingen om bij overheidsdiensten tewerk te worden gesteld in betrekkingen waarmee geen zeer grote aansprakelijkheid is gemoeid, van toepassing is op de gemeentediensten en kon worden toegekend aan de vreemdelingen die geen onderdanen waren van de EEG-Lid-Staten voor bepaalde gemeentebetrekkings. In zijn antwoord op die vraag heeft de minister van Binnenlandse Zaken het standpunt van de Belgische Regering uiteengezet en onder meer verklaard: «De bepalingen van het Verdrag van Rome, zoals ze in voorkomend geval worden geïnterpreteerd door het Hof van Justitie te Luxemburg, zijn rechtstreeks van toepassing in de interne rechtsorde van de lidstaten. Zij moeten de voorrang krijgen boven alle interne rechtsnormen, ook boven de grondwettelijke normen. Ten aanzien van de onderdanen van de lidstaten van de EEG en voor de openbare betrekkingen die geen deelname aan de uitoefening van het openbaar gezag noch verantwoordelijkheden bij het vrijwaren van de algemene belangen van de Staat of andere openbare overheden inhouden, heeft artikel 6 van de Grondwet, dat de openbare betrekkingen voor de Belgen voorbehoudt, in rechte geen uitwerking meer, ongeacht of dat betrekkingen bij de Staat of bij de plaatselijke besturen zijn» <sup>42</sup>.

Expliciet kan de voorrang van de regel van een verdrag met rechtstreekse werking in de nationaalrechtelijke rechtsorde boven de grondwetsregels niet worden erkend <sup>43</sup>.

de Lid-Staten (*Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen*, 18 maart 1988).

<sup>41</sup> Zie o.m. de antwoorden van de regering op de vraag nr. 25 van de h. SUYKERBUYCK, op 18 okt. 1979 aan de Kamer gegeven (*Vr. en Antw., Kamer*, 27 nov. 1979); op de vraag nr. 225 van de h. SUYKERBUYCK, op 14 mei 1986 aan de Kamer gegeven (*Vr. en Antw., Kamer*, 8 juli 1986); op vraag nr. 82 van de h. PATAER, op 23 febr. 1987 aan de Senaat gegeven (*Vr. en Antw., Senaat*, 7 april 1987); op de vraag nr. 8 van 19 dec. 1988 uitgaand van de h. DIDDEN (*Rev. Dr. Etr.*, 1989, nr. 53, p. 122); op de vraag nr. 473 van de h. PERDIEU, op 19 april 1990 aan de Kamer gegeven (*Vr. en Antw., Kamer*, nr. 119, pp. 9714-9715); op de vraag nr. 107 van de h. PERDIEU aan de Kamer gegeven (*Vr. en Antw., Kamer*, 22 mei 1990, p. 9043).

<sup>42</sup> Antwoord van de Regering op de vraag nr. 603 van de h. SIMONS van 25 oktober 1990, aan de Kamer (*Vr. en Antw., Kamer*, 1990-91, nr. 138, p. 11.612).

In de verklaring van grondwetsherziening van 17 oktober 1991 wordt gezegd dat o.m. artikel 6, tweede lid, tweede zinsdeel, van de Grondwet herzien moet worden.

<sup>43</sup> Deze visie staat in tegenstelling met het standpunt ingenomen door de Franse eerste minister en enkele maanden eerder uiteengezet in diens antwoord op de in april 1989 door de h. Xavier DENIAU gegeven parlementaire vraag: «Les traités occupent, dans la hiérarchie des normes juridiques françaises, un rang inférieur à celui de la Constitution. Cette règle s'applique au droit communautaire, et notamment au droit communautaire dérivé. Dès lors, si une contradiction apparaissait entre l'évolution de ce droit et nos prescriptions constitutionnelles, cette contradiction devrait être soit invoquée par la France pour refuser la transcription dans son droit interne, des nouvelles normes communautaires, soit résorbée par une révision de la Constitution. Ce risque, auquel les représentants de la France sont toujours attentifs, est toutefois limité, compte tenu de l'objet propre du droit communautaire, dont les limites sont tracées par le traité de Rome lui-même. Toute extension de ce champ

Een nog recenter standpunt van de Regering heeft betrekking op het conflict tussen het nog niet van kracht zijnde artikel 8, B, lid 1, van het Verdrag over de Europese Unie, opgemaakt te Maastricht op 7 februari 1992, en artikel 4, tweede lid, van de Grondwet inzake het kiesrecht en verkiezbaarheid bij de gemeenteraadsverkiezingen van vreemdelingen die onderdanen zijn van de Lid-Staten van de Europese Unie.

Artikel 8, B, lid 1, van het Verdrag van Maastricht bepaalt: «Iedere burger van de Unie die verblijf houdt in een Lid-Staat waarvan hij geen onderdaan is, bezit het actief en passief kiesrecht bij gemeenteraadsverkiezingen in de Lid-Staat waar hij verblijft, onder dezelfde voorwaarden als de onderdanen van die Staat. Dit recht wordt uitgeoefend onder voorbehoud van de nadere regelingen die op voorstel van de Commissie en na raadpleging van het Europees Parlement voor 31 december 1994 met eenparigheid van stemmen door de Raad worden vastgesteld; deze nadere regelingen kunnen voorzien in afwijkingen wanneer zulks gerechtvaardigd wordt door bijzondere problemen in een Lid-Staat» <sup>44</sup>.

Artikel 4 van de Grondwet bepaalt in het eerste lid: «De staat van Belg wordt verkregen, behouden en verloren volgens de regels bij de burgerlijke wet gesteld», en vervolgens in het tweede lid: «Deze Grondwet en de overige wetten op de politieke rechten bepalen welke de vereisten zijn, waaraan men moet voldoen benevens de staat van Belg, om die rechten te kunnen uitoefenen.» Uit de evenaangehaalde bepaling valt af te leiden dat de uitoefening van de politieke rechten, in de zin van die bepaling, en met name het recht om te kiezen en gekozen te worden in de verschillende politieke gemeenschappen van het Rijk, alleen voor de onderdanen is weggelegd <sup>45</sup>.

qui porterait atteinte à un principe de valeur constitutionnelle, notamment au principe de la souveraineté nationale, pourrait être critiquée devant le Conseil constitutionnel dans les formes prévues par les articles 54 ou 61 de la Constitution. Cette voie de recours a été rappelée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 76-71 DC du 30 décembre 1976, par laquelle il a procédé à l'examen de la décision du Conseil des Communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct. Quant à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, qui se borne à faire application du droit communautaire, elle ne saurait entrer en conflit avec les règles constitutionnelles françaises, dès lors que le droit communautaire respecte lui-même ces règles.» Aanhaling van J. RIDEAU, «Constitution et droit international dans les Etat Membres des Communautés européennes. Réflexions générales et situation française», *Revue française de droit constitutionnel*, 1990, 259-296, inz. 264.

<sup>44</sup> Het in die bepaling bedoeld recht om te kiezen en verkozen te worden zal enkel worden uitgeoefend voor zover de gemeenschappen met eenparigheid van stemmen een regeling daartoe vaststellen vóór 31 december 1994.

<sup>45</sup> «Aldus hebben alleen de Belgen», stelt het advies van de Raad van State van 6 mei 1992 betreffende het wetsontwerp houdende goedkeuring van het verdrag van Maastricht, «het recht deel te nemen aan niet alleen de verkiezingen voor het vernieuwen van de wetgevende kamers en van de gemeenschaps- of gewestraad, maar tevens aan de verkiezingen met het oog op de aanwijzing van de leden van de raden van de plaatselijke openbare lichamen. De vreemdelingen die al dan niet E.E.G.-onderdaan zijn, hebben dus geen politieke rechten zoals bedoeld in artikel 4 van de Grondwet en kunnen derhalve niet deelnemen aan de gemeenteraadsverkie-

Er bestaat een tegenstrijdigheid tussen de twee normen, doordat de verdragsnorm het recht om te kiezen en om gekozen te worden op gemeentelijk vlak wil toekennen aan «iedere burger van de Unie die verblijf houdt in een Lid-Staat waarvan hij een onderdaan is» onder dezelfde voorwaarden als de onderdanen van die Staat, terwijl de grondwetsnorm het recht om bij de gemeenteraadsverkiezingen te kiezen en gekozen te worden alleen aan de Belgen toekent. De Raad van State heeft dan ook, in zijn advies van 6 mei 1992 over het voorontwerp van wet houdende goedkeuring van het Verdrag van Maastricht, terecht geoordeeld dat die strijdigheid slechts ongedaan kon worden gemaakt dankzij de herziening van artikel 4, tweede lid, van de Grondwet, een standpunt waarmee de Regering instemde.

Er is evenwel een probleem van chronologische orde gezeten. Moest men die grondwetsbepaling herzien vóór de aanneming van de goedkeuringswet of kon die herziening worden uitgesteld, gelet op de bepalingen van artikel 8, B, lid 1, van het verdrag die aan de Europese Raad de zorg opdragen «de nadere regelingen vast te stellen voor de uitoefening van het recht om te kiezen en gekozen te worden bij de gemeenteraadsverkiezingen en zulks tot 31 december 1994»? De Raad van State oordeelde dat het verdrag niet behoorde te worden goedgekeurd voordat artikel 4, tweede lid, van de Grondwet was herzien<sup>46</sup>. De Regering heeft hier de

Raad van State niet gevolgd, daar zij van oordeel was dat artikel 8, B, van het verdrag geen directe werking heeft en dat het verdrag bijgevolg instemming van de Kamers kon verkrijgen en bekrachtigd worden voordat artikel 4 van de Grondwet zou worden herzien<sup>47</sup>.

Naar in de pers verschenen informatie<sup>48</sup> die door bepaalde volksvertegenwoordigers tijdens de openbare vergadering van de Kamer op 14 juli 1992 zijn bevestigd<sup>49</sup> en overgenomen in een recent verslag van decaan Delperée<sup>50</sup>, blijkt wel dat ter verantwoording van de beslissing van de Regering de herziening van artikel 4 van de Grondwet niet voor te stellen zolang de Europese Raad geen nadere regelingen heeft vastgesteld voor de uitoefening van het recht om bij de gemeenteraadsverkiezingen te kiezen of gekozen te wor-

delijkheden van de wetgevende macht en die van de grondwetgevende macht. Bovendien zouden hun verantwoordelijkheden hierdoor in omgekeerde volgorde komen te staan. In de eerste plaats behoort artikel 4, tweede lid, van de Grondwet te worden herzien; vervolgens moet het Verdrag betreffende de Unie worden goedgekeurd en bekrachtigd; ten slotte moeten zowel op het vlak van de Gemeenschap als op nationaal vlak de spelregels worden vastgelegd die de beginselen die voortaan in het E.E.G.-Verdrag zijn opgenomen, in concreto toepassen» (*Gedr.St., Kamer*, B.Z. 1991-92, nr. 482/1, 71).

<sup>47</sup> «Nochtans», leest men in een commentaar van de Regering bij de memorie van toelichting, «heeft artikel 88 van het Verdrag betreffende de Europese Unie geen onmiddellijk gevolg. Het bepaalt inderdaad het volgende: 'Dit recht wordt uitgeoefend onder voorbehoud van de nadere regelingen die op voorstel van de Commissie en na raadpleging van het Europees Parlement voor 31 december 1994 met eenparigheid van stemmen door de Raad worden vastgesteld; deze nadere regelingen kunnen voorzien in afwijkingen wanneer zulks gerechtvaardigd wordt door bijzondere problemen in een Lid-Staat».

De Regering bevestigt bovendien dat de ratificatie van het Verdrag op zichzelf de instemming inhoudt met het principe van het actief en passief kiesrecht voor de burgers van de Europese Unie bij gemeenteraadsverkiezingen.

De Regering zal alles in het werk stellen om het principe van artikel 8B van het Verdrag en de nadere regelingen die het vereist, onmiddellijk in de Belgische wetgeving om te zetten» (*Gedr.St., Kamer*, B.Z. 1991-92, nr. 482/1, 90).

Zie ook de gelijkkluidende verklaringen van de h. CLAES, vice-eerste minister en minister van Buitenlandse Zaken voor de commissie van Buitenlandse Betrekkingen *Bekn. Versl., Kamer*, 20 mei 1992, pp. 11-12; *Gedr.St., Kamer*, B.Z. 1991-92, nr. 482/3, 18 en 64-65).

Vgl. met de voorstellen tot herziening van art. 4 Gw., die op 20 mei 1992 door de heer GOL en op 29 mei 1992 door de heren VOGELS en SIMONS bij de Kamer zijn ingediend (*Gedr.St., Kamer*, B.Z. 1991-92, nrs. 467/1 en 499/1).

<sup>48</sup> V. HE en CDF, «Maastricht: les traités priment le droit interne», *Le Soir*, 4 juni 1992; ALSTEENS, O., «Le droit belge sous pavillon luxembourgeois», *La Libre Belgique*, 4 juni 1992; DE FOSSA, C., «De Maastricht à la politique belge», *La Libre Belgique*, 11 juni 1992; CDF, «Enfin 110 députés pour voter Maastricht», *La Libre Belgique*, 15 juni 1992. Naar verluidt zullen deze verklaringen van de eerste minister overgenomen worden in het verslag dat mevr. NEYTS-UYTTEBROECK namens de commissie voor de herziening van de Grondwet opstelde (*Gedr.St., Kamer*, nr. 467/5) nog niet bekendgemaakt (zie *Gedr.St., Kamer*, B.Z. 1991-92, nr. 482/3, 3-4).

<sup>49</sup> Zie inzonderheid de verklaringen van mevr. NEYTS-UYTTEBROECK en de h. GOL, C.R.A., 14 juli 1992, pp. 564-566.

<sup>50</sup> DELPÉRÉE, F., «La Belgique et l'Europe», *Journ.proc.*, 12 juni 1992, pp. 14-16.

zingen, noch als kiezers, noch als kandidaten op een kieslijst» (*Gedr.St., Kamer*, 1991-92, nr. 482/1, 69-72).

Zie ook de adviezen van de Raad van State:

– van 22 oktober 1980 betreffende wetsvoorstellen strekkende tot het verlenen aan alle vreemdelingen van het recht om voor de gemeenteraden van de federatie- of agglomeratieraden te kiezen en verkozen te worden, strekkende tot het uitsluitend verlenen aan de vreemdelingen, onderdanen van één van de Lid-Statens van de Europese Economische Gemeenschap van het recht om voor voormelde vergaderingen te kiezen en verkozen te worden, strekkende tot het verlenen aan welbepaalde vreemdelingen van het recht om voor voormelde vergaderingen te kiezen, strekkende tot het verlenen aan diezelfde vreemdelingen van het recht om voor voormelde vergaderingen te kiezen en verkozen te worden benevens het recht om het ambt van burgemeester en schepen uit te oefenen of de functie van een lid van de raad van een openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn te vervullen en strekkende tot het verlenen aan de vreemdelingen die meer dan vijf jaar in België verblijven van het stemrecht voor de gemeenteraden en de federatie- of agglomeratieraden (*Gedr.St., Kamer*, 1985-86, nr. 262/2, 1-2);

– van 16 april 1986 betreffende een wetsvoorstel strekkende tot het verlenen van het stemrecht voor de gemeenteraadsverkiezingen en de verkiezingen van de agglomeratieraden en de raden van federaties aan de vreemdelingen die meer dan 5 jaar in België verblijven (*Gedr.St., Kamer*, 1985-86, nr. 262/2, 1-2);

– en van 6 maart 1991 i.v.m. het wetsvoorstel betreffende de raadpleging van de gemeentebevolking (*Gedr.St., Senaat*, 1988-89, nr. 701/4).

Vgl. met het arrest van de Conseil constitutionnel de France van 9 april 1992, doc. nr. 92-308 DC, *J.C.P.*, 1992, II, jur. 21853, p. 162, met noot van NGUYEN VAN TONG.

<sup>46</sup> «Bij de tegenovergestelde werkwijze», leest men in zijn advies van 6 mei 1992, «zou de wetgever immers een wet – de wet tot goedkeuring van het verdrag – moeten aannemen die in strijd zou zijn met een bepaling van de Grondwet. Zij zou alleen kunnen worden opgevat als een bevel die de wetgevende macht zou willen geven aan de grondwetgevende macht om op een bepaald punt de Grondwet te wijzigen. Dit zou leiden tot verwarring tussen de verantwoor-

den, eerste minister Deaehene zich o.m. in een verklaring in juni 1992 heeft beroepen op de voorrang van de verdragsnormen met rechtstreekse werking in de interne rechtsorde boven de nationaalrechtelijke normen, met inbegrip van de grondwettelijke regels<sup>51</sup>. Met dit argument werd gezegd dat, zodra het Verdrag van Maastricht van kracht zou zijn, het toch voorrang zou hebben boven de Grondwet.

## 2° *Strijdigheid tussen het nog niet van kracht zijnde verdrag en de Grondwet*

22. De strijdigheid tussen het nog niet van kracht zijnde verdrag en de Grondwet doet slechts in schijn en virtueel een conflict ontstaan: eigenlijk is er geen werkelijk en actueel conflict; een dergelijk conflict immers onderstelt dat er strijdigheid bestaat tussen twee in werking getreden en bindende normen die beide een zelfde toestand regelen.

Alleen een regelmatig in werking getreden verdrag wordt in beginsel door de Belgische rechtscolleges toegepast<sup>52</sup>. Bestaat er een tegenstrijdigheid tussen een verdrag dat nog niet in werking is getreden en de Grondwet, dan zijn de na het arrest *Le Ski* van 27 mei 1971 door de rechtspraak gehuldigde beginselen niet van toepassing, aangezien volgens die rechtspraak, daarop heb ik reeds gewezen, het bij verdrag bepaald internationaal recht in het nationaal recht niet vóór de nationale normen kan gaan, tenzij op voorwaarde dat het verdrag van kracht is in de internationale rechtsorde en België verbindt, dat het in de nationale rechtsorde uitwerking heeft, dat het regelmatig is bekendgemaakt en dat de normen ervan voldoende duidelijk en volledig zijn om rechtstreekse werking te hebben in de nationale rechtsorde.

Overigens kan evenmin de voorrang die het verdrag na zijn inwerkingtreding zal genieten, worden aangevoerd om de voorrang van de Grondwet boven het nog niet in werking getreden verdrag te betwisten.

Vóór de inwerkingtreding van het verdrag, bestaat aan de zijde van de Staat die aan de onderhandelingen heeft deelgenomen maar nog geen partij bij het verdrag is, geen enkele verplichting tot uitvoering, hoewel hij, indien hij het verdrag heeft ondertekend, zich moet onthouden van alle handelingen die aan het verdrag zijn voorwerp en doel zouden ontnemen<sup>53</sup>. De ondertekening onder voorbehoud van be-

krachting is slechts «een vooruitzicht van verdragsluiting»<sup>54</sup>.

Hoewel de uitoefening van de grondwetgevende macht wordt beperkt door de verdragen die ten aanzien van België<sup>55</sup> in werking zijn getreden, heeft de Grondwet in beginsel voorrang boven de ontwerpen van verdragen of boven de verdragen die ons land nog niet verbinden. Noch in de Grondwet, noch in de parlementaire voorbereiding daarvan wordt de opvatting gehuldigd dat de grondwettelijke beginselen in de regel niet van toepassing zouden zijn op de internationale verdragen. In een indringende studie die hij in 1952 aan de Belgische Grondwet en de evolutie van de internationale rechtsorde heeft gewijd, heeft professor Ganshof van der Meersch zeer duidelijk gemaakt waarom men zich niet kan verenigen met de zgn. stelling van het voorbehouden gebied, volgens welke de soevereiniteit van de Staat beperkt is tot het nationaal belang, zodat de grondwettelijke regels geen toepassing zouden vinden op het internationaal vlak dat buiten die soevereiniteit valt<sup>56</sup>, en evenmin met de zgn. stelling van de afstand van staatsbevoegdheid, krachtens artikel 68 van de Grondwet, volgens welke er geen enkele beperking staat op de macht van de Koning in de uitoefening van de hem bij die bepaling verleende bevoegdheid tot het sluiten van verdragen.

In beginsel kunnen de nog niet in werking getreden verdragen niet afwijken van de Grondwet. Deze bevat namelijk geen bepalingen zoals artikel 91, § 3, van de in 1985 en 1987 herziene Grondwet der Nederlanden, volgens hetwelk de kamers hun goedkeuring kunnen hechten aan een verdrag waarin bepalingen voorkomen die van de Grondwet afwijken of die ertoe verplichten daarvan af te wijken, voor zover de goedkeuring wordt gegeven met ten minste twee derde van het aantal uitgebrachte stemmen<sup>57</sup>. Verworpen werden namelijk de voorstellen om artikel 68 van onze Grondwet derwijze te herzien dat de Kamers hun instemming konden geven met verdragen die van de Grondwet afwijken, mits daarbij het voor een herziening vereiste quorum en dito meerderheid in acht is genomen<sup>58</sup>.

ding van het verdrag voorafgaat op voorwaarde dat deze inwerkingtreding niet onnodig wordt vertraagd».

<sup>54</sup> REDSLOB, R., *Traité de droit des gens*, Parijs, 1959, p. 93.

<sup>55</sup> Zie RIGAUX, M.F., *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Brussel, 1985, inz. pp. 149-198.

<sup>56</sup> GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., «La Constitution belge et l'évolution de l'ordre juridique international», *Ann.Dr.Sc.Pol.*, 1952, 331-426, inz. 383-398.

<sup>57</sup> Artikel 91 van de herziene Grondwet vervangt de artikelen 60, §§ 1 en 2, en 61-64 van de vroegere Grondwet. Wat de motieven betreft, waarom de woorden «dan wel tot zodanig afwijken noodzakelijk» in de derde paragraaf van artikel 91 werden gevoegd, zie KORTMANN, C.A.J.M., *De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987*, Kluwer, Deventer, 1987, p. 275.

<sup>58</sup> Na sluiting van het colloquium van 6 en 7 mei 1965 betreffende de aanpassing van de Grondwet aan de internationale werkelijkheid werd een redactiecomité opgericht. Dit comité heeft een tekst voorgesteld. Punt 3 daarvan bepaalde o.m. dat in de verdragen die krachtens artikel 25 gesloten waren of die van de Grondwet afwijken, «de Kamers (de resolutie) slechts konden aannemen indien de voor de herziening van de Grondwet opgelegde aanwezigheids- en meerderheidsvereisten zijn vervuld. Dezelfde bepaling werd overgenomen in de vijfde paragraaf van het in 1971 door de eerste minister en de minister van Buitenlandse Zaken toegezonden werk-

<sup>51</sup> Wat de kritiek op die verklaring betreft, zie de verklaringen van mevr. NEYTS-UYTTEBROECK en de h. GOL, C.R.A., 14 juli 1992, pp. 564-566, en de studie van decaan DELPÉRÉE, geciteerd in voorgaande noot.

<sup>52</sup> Nog niet in werking getreden verdragen, zelfs van voorstellen van verdragen, kunnen door de rechter in aanmerking worden genomen om de toepassing van een Belgische rechtsregel kracht bij te zetten. Hierover leze men door de door professor VERHOEVEN aangehaalde rechtspraak in de «Chroniques de jurisprudence» in *B.T.L.R.*, 1976, nr. 5, p. 648; 1977, nr. 3, p. 401; 1978-79, nr. 12, p. 626; 1981-82, nr. 5, p. 269; 1983, nr. 1, p. 758.

<sup>53</sup> Volgens artikel 18 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht moet «een Staat zich onthouden van handelingen die een verdrag zijn voorwerp en zijn doel zouden ontnemen, indien:

a) hij het verdrag heeft ondertekend of de akten die het verdrag vormen heeft uitgewisseld onder voorbehoud van bekrachting, aanvaarding of goedkeuring, todat hij zijn bedoeling geen partij te willen worden bij het verdrag kenbaar heeft gemaakt; of

b) hij zijn instemming door het verdrag gebonden te worden tot uitdrukking heeft gebracht in de periode die aan de inwerkingtre-

Niettemin lijkt de regel volgens welke de nog niet in werking getreden verdragen niet van de Grondwet kunnen afwijken, niet absoluut te zijn: in zijn belangrijk werk over vergelijkend recht *Treaty-Making Power and Constitution* waarnaar ik zou willen verwijzen, toonde professor L. Wildhaber, thans rechter in het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, in 1971 aan dat de verdragen niet noodzakelijk aan alle grondwettelijke regels zijn onderworpen<sup>59</sup>.

23. De principiële voorrang die aan de Grondwet moet worden toegekend boven de nog niet in werking getreden verdragen, impliceert dat, wanneer blijkt dat het verdrag bepalingen inhoudt die met de Grondwet niet te verenigen zijn, de autoriteiten die bij de procedure van goedkeuring of sluiting van het verdrag betrokken zijn, moeten kiezen voor één van de drie volgende mogelijkheden:

a) Ofwel – de eerste mogelijkheid – moeten zij de bekrachtiging van het verdrag weigeren, en als het gaat om een verdrag waarvoor instemming vereist is, moeten zij eveneens die instemming weigeren.

Meestal wordt een verdrag gesloten door uitwisseling van de bekrachtigingen tussen de verdragsluitende partijen. Naar Belgisch recht is de bekrachtiging de akte waarbij de Koning België op het internationaal vlak verbindt door de plechtige bevestiging van de door een of meer volmacht dragers in zijn naam, aangegane en ondertekende verbintenissen<sup>60</sup>.

document waarin een nieuwe tekst voor artikel 68 van de Grondwet is voorgesteld (*Gedr.St., Senaat*, 1970-71, nr. 596, 1-2).

Er is geen sprake meer van de met de Grondwet strijdige verdragen in het in 1971 door de Commissie voor de herziening van de Grondwet goedgekeurde voorstel van nieuwe tekst voor artikel 68, waarin o.m. in § 5 werd bepaald dat «Verdragen die gesloten worden krachtens artikel 25bis moeten worden goedgekeurd met inachtneming van de voorwaarden van aanwezigheid en meerderheid gesteld voor de herziening van de Grondwet». (*Gedr.St., Senaat*, 1970-71, nr. 596, 10-11).

De senaatscommissie verstrekte de volgende uitleg i.v.m. deze tekst: «Ze acht het ook niet wenselijk dat de tekst zou vermelden dat de Kamers verdragen zouden kunnen goedkeuren die strijdig zijn met de Grondwet, omdat op die wijze een nieuwe procedure voor Grondwetswijziging zou worden ingevoerd. Verschillende leden onderstrepen daarbij dat het probleem van een gebeurlijke afwijking van de Grondwet zich vooral zal voordoen bij de toepassing van artikel 25bis en dat de tekst praktisch kan volstaan, wanneer naar dit artikel wordt verwezen in verband met een bijzondere meerderheid. «A supposer», schrijft professor Jean SALMON, «qu'un traité comporte une clause qui déroge à la Constitution, à défaut de précision à ce propos dans la Constitution, le traité sera approuvé à la majorité habituelle. Il est en effet aussi irréaliste de penser qu'une procédure de révision constitutionnelle sera entamée pour permettre l'adoption du traité, que de croire que le traité ne sera pas approuvé par le Parlement, alors qu'il estime opportun de la faire. Est-il besoin de rappeler que c'est de cette manière que furent adoptés les traités des Communautés européennes dont il était notoire qu'ils violaient force dispositions de la Constitution?» (SALMON, J., «Les problèmes d'adaptation de l'ordre juridique interne à l'ordre juridique international», in *La réforme de l'Etat – 150 ans après l'indépendance nationale*, Brussel, 1980, pp. 123-191, inz. pp. 154-155.

<sup>59</sup> WILDHABER, L., *Treaty-making power and constitution*, Bazel - Stuttgart, 1971, nr. 20, pp. 382-384.

<sup>60</sup> GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., «Les procédés nationaux de mise en vigueur des obligations souscrites et des accords conclus par

Aangezien de bekrachtiging niet de uitdrukking is van een gebonden bevoegdheid waarbij het met treaty-making-power bekleed lichaam automatisch een bij de handtekening afgedane juridische akte bevestigt, zijn de Staten die een verdrag hebben ondertekend, niet verplicht het te bekrachtigen. De Belgische Staat kan, zonder internationaalrechtelijk aansprakelijk te worden, weigeren een verdrag te bekrachtigen. «Ce refus de ratification», schrijft professor Rousseau, «pourra être un acte politiquement inopportun ou inamical: juridiquement il ne sera pas illicite»<sup>61</sup>.

Wat de instemming betreft waaraan bepaalde verdragen zijn onderworpen, zij is een voorwaarde waarvan de werking in de nationale rechtsorde afhangt. Het staat, naar gelang van het geval, aan de Kamers<sup>62</sup>, aan de Gemeenschapsraden<sup>63</sup> of aan de verenigde vergadering van de beide gemeenschapscommissies van Brussel-Hoofdstad<sup>64</sup> vrij te oordelen of die instemming al dan niet moet worden gegeven<sup>65</sup>.

le Gouvernement en droit belge», Verslagen van het IXe internationaal congres van vergelijkend recht, 1974, inz. p. 700.

<sup>61</sup> ROUSSEAU, C., *Droit international public*, I, Parijs, 1970, pp. 91-93. Zie ook BLIX, H., «The requirement of ratification», *British Yearbook of International Law*, 1953, pp. 352-380; DEHOUSSE, F., *La ratification des traités*, proefschrift Luik, 1935; FREYMOND, P., *La ratification des traités et le problème des rapports entre le droit international et le droit interne*, proefschrift Lausanne, 1947; MERVYN JONES, J., *Full powers and ratification*, Cambridge, 1946, pp. 66-157.

<sup>62</sup> Art. 68 Gw.

<sup>63</sup> Art. 16 Bijzondere Wet van 8 augustus 1980.

<sup>64</sup> Art. 63 Bijzondere Wet van 12 januari 1989.

<sup>65</sup> In tegenstelling met de rechtssystemen van sommige staten, zegt geen enkele grondwettelijke bepaling dat de goedkeuring vóór de bekrachtiging van het verdrag moet plaatsvinden. Artikel 91, § 1, van de Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden, bijvoorbeeld stelt: «Het Koninkrijk wordt niet aan verdragen gebonden en deze worden niet opgezegd zonder voorafgaande goedkeuring van Staten-Generaal. De wet bepaalt de gevallen waarin geen goedkeuring is vereist.»

Sommige verdragen, zoals bijvoorbeeld het Statuut van de Raad van Europa, ondertekend te Londen op 5 mei 1949 en goedgekeurd bij de wet van 11 februari 1950, en de twee verdragen houdenden eenvormige wet inzake enerzijds de internationale koop van roerende lichamelijke zaken en anderzijds de totstandkoming van internationale koopovereenkomsten betreffende roerende lichamelijke zaken, beide opgemaakt te 's-Gravenhage op 1 juli 1964 en goedgekeurd bij de wet van 15 juli 1970, werden bekrachtigd vooraleer goedgekeurd te zijn. Een dergelijke situatie is betreurenswaardig: enerzijds wordt hierdoor een dichotomie tot stand gebracht tussen de geldigheid van de internationale rechtsorde en die van de interne rechtsorde, aangezien een verdrag dat uitwerking kan hebben in de interne rechtsorde en dat geldig is overeenkomstig het internationaal recht, België bindt hoewel het geen uitwerking heeft in de interne rechtsorde, en anderzijds strookt het weinig met de beginselen van de democratie dat de verdragen die onderworpen zijn aan een goedkeuring, België op het internationaal vlak binden, vooraleer de wetgevende kamers, bevoegd om die goedkeuring te verlenen, deze goedkeuren. Volgens de wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, en inz. artikel 3, § 2, is de Koning echter niet gehouden een verdrag dat aan goedkeuring onderworpen is te bekrachtigen, al naar het geval, vóór het verstrijken van de termijn van zestig dagen na de bekendmaking van de instemmingsakte, dit is de termijn voor het instellen van een beroep strekkende tot vernietiging voor het Arbitragehof, hetzij voor de uitspraak van het arrest van hetzelfde Hof, waarbij het beroep verworpen wordt. Vgl. LEJEUNE, Y., en BROUWERS, P., o.c., nr. 15.

b) Ofwel — de tweede mogelijkheid — moeten de daartoe bevoegde overheden bij de ondertekening, bekrachtiging, aanvaarding van het verdrag of de toetreding daartoe, een voorbehoud maken. Artikel 19 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragsrecht sluit die mogelijkheid uit in drie gevallen :

- indien voorbehoud verboden is door het verdrag ;
- indien het verdrag bepaalt dat slechts bepaalde voorbehouden, waaronder niet het voorbehoud in kwestie, kunnen worden gemaakt ;
- indien het voorbehoud niet verenigbaar is met voorwerp en doel van het verdrag <sup>66</sup>.

c) Ofwel — de derde mogelijkheid — moeten de Regering of de Kamers voor de bepalingen die onverenigbaar zijn met het verdrag de bij artikel 131 van de Grondwet bedoelde procedure op gang brengen tot de herziening van de Grondwet.

De procedure is ingewikkeld en niet aangepast aan de vereisten van de internationale betrekkingen. Zij bestaat, ik moe eraan herinneren, uit drie fasen :

- de eerste fase is de verklaring dat er redenen zijn tot herziening <sup>67</sup>.
- de tweede fase is de ontbinding en de hernieuwing van de Kamers <sup>68</sup>.
- de derde fase is de beslissing over de aan de herziening onderworpen punten, <sup>69</sup> met dien verstande dat tot herziening niet kan worden besloten dan met het quorum en een tweederde meerderheid.

Om beter te kunnen voldoen aan de vereisten van de internationale betrekkingen, werden suggesties gemaakt om de herzieningsvoorwaarden van de Grondwet te verzachten, ongeacht het voorwerp, of om ze enkel te versoepelen voor het geval waarin het gaat om de bekrachtiging van een met de Grondwet strijdig verdrag. Tot op heden werden die suggesties niet aangenomen <sup>70</sup>.

<sup>66</sup> Zie, wat betreft :

- de aanvaarding van en bezwaar tegen voorbehouden, artikel 20 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht ;
- de rechtsgevolgen van voorbehouden en bezwaren tegen voorbehouden, artikel 21 van voormeld verdrag ;
- het intrekken van voorbehouden en bezwaren tegen voorbehouden, artikel 22 van voormeld verdrag ;
- de procedure betreffende voorbehouden, artikel 23 van voormeld verdrag.

<sup>67</sup> Volgens artikel 131, § 1, «heeft de wetgevende macht het recht te verklaren dat er redenen zijn tot herziening van zodanige grondwettelijke bepaling als zij aanwijst».

<sup>68</sup> Art. 131, §§ 2 en 3, bepaalt dat «na deze verklaring, beide Kamers van rechtswege ontbonden zijn. Twee nieuwe Kamers worden overeenkomstig artikel 71 bijeengeroepen».

<sup>69</sup> Art. 131, §§ 4 en 5, is als volgt opgesteld : «Deze Kamers beslissen, in overeenstemming met de Koning, over de punten die aan herziening zijn onderworpen. In dit geval mogen de Kamers niet beaardslagen wanneer niet ten minste twee derden van de leden waaruit elke Kamer bestaat, tegenwoordig zijn ; en een verandering is alleen dan aangenomen, indien zij ten minste twee derden van de stemmen heeft verkregen.»

<sup>70</sup> De tweede oplossing werd als gevaarlijk bestempeld. Zoals professor LEJEUNE en P. BROUWERS schrijven, «elle ouvre la voie à des révisions à 'deux vitesses': une révision rapide dans la matière de la conclusion des traités et une révision plus limitée dans les autres cas, et ce, alors même que les règles constitutionnelles en cause

Is beslist dat de procedure tot herziening van de Grondwet wordt toegepast, dan moet de herziening van de betrokken grondwettelijke bepaling, in beginsel, vóór de bekrachtiging van het verdrag en, als het gaat om een aan instemming onderworpen verdrag, vóór die instemming geschieden <sup>71</sup>.

24. Vóór de inwerkingtreding van het verdrag ten aanzien van de Staat, kan via diverse gerechtelijke toetsingen controle worden geoefend op de grondwettigheid van de wetgevende akte tot instemming met het verdrag of van het ontwerp van een dergelijke akte, alsook op die van het verdrag zelf dat instemming heeft verkregen of moet verkrijgen.

Zoals professor Lejeune en P. Brouwers schrijven : «Il faut se rendre à l'évidence que le meilleur moyen d'atténuer le risque de dichotomie entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique international consiste à attaquer le problème à la source en prenant des mesures permettant d'éviter autant que possible que la Belgique puisse être liée internationalement par un traité contraire à la Constitution» <sup>72</sup>.

Wanneer het gaat om aan instemming onderworpen verdragen, moet onderscheid worden gemaakt tussen de preventieve controle, die namelijk aan de instemmingsakte voorafgaat en de controle a posteriori, die dus na die akte geschiedt.

25. De afdeling wetgeving van de Raad van State zorgt voor een preventieve controle, onder de voorwaarden van de artikelen 2 tot 6 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. De Raad onderzoekt de grondwettigheid van het ontwerp van wet, van decreet of ordonnantie tot instemming met het verdrag alsook van het verdrag dat de instemming moet verkrijgen <sup>73</sup>. De afdeling wetgeving dient daarover van beredeneerd advies waardoor noch het Parlement, noch de Gemeenschaps- of Gewestraden, noch de Regering, noch de Gemeenschaps- of Gewestexecutieven, noch de rechtscollèges, in rechte gebonden zijn <sup>74</sup>. Het Arbitragehof is in de huidige stand van zaken niet bevoegd om

seraient considérées comme plus importantes dans le premier cas». (LEJEUNE, Y., et BROUWERS, P., o.c., nr. 19).

<sup>71</sup> Men heeft bij de goedkeuring van het verdrag van Maastricht kunnen vaststellen dat moeilijkheden konden rijzen wegens deze voorwaarde, indien de met een grondwettelijke bepaling strijdige verdragsregel onduidelijk of onvolledig was, inz. omdat de verdragsregel vermeldt dat hij zal worden toegepast onder voorbehoud van de door een internationale overheid vast te stellen nadere regelingen die kunnen voorzien in afwijkingen gerechtvaardigd door de bijzondere bepalingen van een Lid-Staat.

We zullen het niet verder hebben over de vroeger aangehaalde controverse die hieromtrent bestaat tussen de Raad van State enerzijds en de politieke macht anderzijds.

<sup>72</sup> LEJEUNE, Y., en BROUWERS, P., o.c., nr. 18.

<sup>73</sup> Zie hieromtrent SMETS, P.F., *Les traités internationaux devant la section de législation du Conseil d'Etat (1948-1965)*, voorwoord van de h. SOMERHAUSEN, Brussel, 1986.

<sup>74</sup> Uit het recente voorbeeld van de goedkeuring van het Verdrag van Maastricht blijkt dat, wanneer de Raad van State advies uitbrengt dat er tussen een van de verdragsregels en een van de grondwettelijke bepalingen een tegenstrijdigheid bestaat, het raadzaam is het verdrag niet goed te keuren zolang de betrokken grondwettelijke bepaling niet herzien is, dit advies voor de Regering geen juridisch beletsel vormt om te beslissen dat het verdrag door de Kamers kan worden goedgekeurd en bekrachtigd voordat de grondwetsregel wordt herzien. Zie evenwel art. 3, Gec. W. R.v.St.

bij wege van arrest preventief toe te zien op de grondwettigheid van de ontwerpen van wetten, decreten of ordonnantiën tot instemming met verdragen, noch op de grondwettigheid van verdragen die deze instemming nog moeten krijgen.

In verschillende Europese Staten is het grondwettelijk rechtcollege bevoegd om bij wege van arresten preventieve controle te oefenen op de grondwettigheid ter zake: zulks is het geval in Frankrijk<sup>75</sup>, in Spanje<sup>76</sup>, in Portugal<sup>77</sup> en Duitsland<sup>78</sup>. In die eerste drie landen voorziet de Grondwet uitdrukkelijk in die bevoegdheid. Is in Frankrijk de toetsing van de grondwettigheid van de verdragen uitsluitend preventief, dan bestaat in Spanje, Portugal en Duitsland zowel een preventieve toetsing als een toetsing a posteriori.

26. De toetsing a posteriori van de instemmingsakte, voordat het verdrag in werking treedt, wordt binnen zekere perken door het Arbitragehof uitgeoefend en, binnen nog nauwere perken, door de gerechtelijke en administratieve rechtscollages.

Noch artikel 107ter van de Grondwet, noch de bijzondere wet van 6 januari 1989, ik herhaal het, verlenen uitdrukkelijk aan het Arbitragehof de bevoegdheid om, bij wege van ar-

<sup>75</sup> In Frankrijk bepaalt art. 54 van de Grondwet dat, indien de Conseil constitutionnel, geadieerd door de president van de Republiek, de eerste minister of de voorzitter van een van de wetgevende vergaderingen, vaststelt dat een internationaal verdrag een met de Grondwet strijdige bepaling inhoudt, de toelating tot het bekrachtigen en het goedkeuren ervan slechts verleend mag worden na een grondwetsherziening.

<sup>76</sup> Artikel 95 van de Spaanse Grondwet bepaalt, naar het voorbeeld van artikel 54 van de Franse Grondwet, dat het sluiten van een internationaal verdrag dat met de Grondwet strijdige bepalingen inhoudt, onderworpen is aan een voorafgaande Grondwetsherziening en dat de Regering of een van de Kamers zich tot het grondwettelijk Hof kunnen wenden om uit te maken of die tegenstrijdigheid al dan niet bestaat» (BON, P., «Le Tribunal constitutionnel: étude d'ensemble» in BON, P., MODERNE, F. en RODRIGUEZ, J., *La justice constitutionnel en Espagne*, Parijs - Aix-en-Provence, 1984, pp. 17-159, inz. pp. 98-99.

<sup>77</sup> In Portugal bepaalt de Grondwet in artikel 278, § 1, dat de president van de Republiek de grondwettigheid van de bepalingen van een internationaal verdrag dat hem voor bekrachtiging onderworpen wordt (...), of van elk internationaal akkoord waarvan het goedkeuringsdecreet hem voor ondertekening wordt voorgelegd, door het grondwettelijk Hof kan laten onderzoeken. De gevolgen van de uitspraak van het Hof worden in artikel 279 omschreven: 1. zo het grondwettelijk gerecht een van de bepalingen van een decreet of van een internationaal akkoord ongrondwettig verklaart, spreekt, al naar het geval, de president van de Republiek of de minister van de Republiek zijn veto uit over de tekst ervan. Deze wordt verwezen naar het orgaan dat hem goedgekeurd heeft (...); 4. zo het grondwettelijk gerecht een bepaling van een internationaal verdrag ongrondwettig verklaart, kan dit verdrag slechts bekrachtigd worden zo het in de Vergadering van de Republiek met een tweede meerderheid van de aanwezige vertegenwoordigers wordt aangenomen.

<sup>78</sup> In Duitsland regelt de Fundamentele Wet geen voorafgaande toetsing van de grondwettigheid van de verdragen, doch volgens een in 1952 gevestigde rechtspraak van het Grondwettelijk Hof is hetzelfde Hof bevoegd om een wet strekkende tot de goedkeuring van een verdrag, vóór haar afkondiging, aan de grondwet te toetsen (BEGUIN, J.C., *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République fédérale d'Allemagne*, Parijs, 1982, pp. 72-78; FAVOREU, L., *Les cours constitutionnelles*, Parijs, 1986, p. 59).

rest, uitspraak te doen over de conflicten tussen de verdragen en de normen van nationaal recht. Zijn grondwettelijke en wettelijke bevoegdheid is beperkt tot toetsing van de verenigbaarheid van de wetten, decreten en ordonnantiën met bepaalde door of krachtens de Grondwet vastgestelde regels, en een verdrag is nu eenmaal geen wet, decreet of ordonnantie<sup>79</sup>.

Maar de toetsing door het Arbitragehof is zowel van toepassing op de louter formele - d.w.z. niet normatieve - wetten, decreten en ordonnantiën als op de wetten, decreten en ordonnantiën die wel normerend zijn. Die toetsing kan met name slaan op wetten, decreten of ordonnantiën tot instemming met een verdrag, ofschoon dat «hoge voorgedijakten» zijn, zonder normatief karakter<sup>80</sup>.

Krachtens de artikelen 1 en 3, § 2, van de bijzondere wet op het Arbitragehof van 6 januari 1989, is dat hof bevoegd om, bij wege van arrest, uitspraak te doen op de beroepen tot gehele of gedeeltelijke vernietiging van een wet, een decreet of een ordonnantie waardoor een verdrag instemming verkrijgt, wegens schending van de regels die door of krachtens de Grondwet zijn vastgesteld voor het bepalen van de onderscheiden bevoegdheid van de Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten, of van de artikelen 6, 6bis en 17 van de Grondwet. De beroepen zijn slechts ontvankelijk, indien zij worden ingesteld binnen een termijn van zestig dagen na de bekendmaking van de wet, het decreet of de ordonnantie. Die termijn kan niet worden heropen<sup>81</sup>.

Ingevolge artikel 107ter, § 2, tweede lid, 3°, van de Grondwet kan, zoals u weet, de bijzondere wetgever de bevoegdheid van het Hof uitbreiden zodat het ook uitspraak kan doen over een schending van andere artikelen van de Grondwet.

Zoals alle andere beroepen tot vernietiging die onder het Arbitragehof ressorteren, kunnen de voormelde beroepen tegen een wet, een decreet of een ordonnantie waardoor een verdrag instemming verkrijgt, worden ingesteld hetzij door de Ministerraad, of door de Executieve van een Gemeenschap of van een Gewest, hetzij door iedere natuurlijke of rechtspersoon die doet blijken van een belang, hetzij nog door de voorzitters van de wetgevende vergaderingen op verzoek van twee derde van hun leden<sup>82</sup>.

Het Arbitragehof kan ook, onder de voorwaarden van de artikelen 19 tot 21 van de bijzondere wet, op vordering van

<sup>79</sup> SMETS, P.F., *L'assentiment des Chambres législatives aux traités internationaux*, Brussel, 1964, p. 77.

<sup>80</sup> DUMON, F., «La Cour d'arbitrage. Ses compétences...», o.c., p. 230; ERGEC, R., «La Cour d'arbitrage et l'assentiment aux traités internationaux», in *Mélanges offerts à Raymond Vanderelst*, Brussel, 1986, pp. 267-283; GILLET, E., *Recours et questions préjudicielles à la cour d'arbitrage*, Brussel, 1985, pp. 40 e.v.; LEJEUNE, Y. en BROUWERS, P., «La Cour d'arbitrage face au contrôle de constitutionnalité des traités» (studie die eerstdaags zal verschijnen); MOUREAUX, S. en LAGASSE, J.P., *La Cour d'arbitrage*, Brussel, 1984, pp. 68-69; RIMANQUE, K., *De regel is niet steeds recht*, Antwerpen, 1990, pp. 25-30; SIMONART, H., *La Cour d'arbitrage*, o.c., pp. 85-86; VELAERS, J., *Het Arbitragehof*, Antwerpen, 1985, pp. 94-99; *idem*, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Antwerpen, pp. 106 en 286-287.

<sup>81</sup> *Gedr.St.*, Senaat, 1981-82, nr. 246/2, 105 en 108; *Gedr.St.*, Kamer, 1982-83, nr. 467/4, 6 en 21; zie ERGEC, R., «La Cour d'arbitrage et...», o.c., pp. 281; VELAERS, J., *Van Arbitragehof...*, o.c., p. 287, noot 1117.

<sup>82</sup> Artikel 2 van de bijzondere wet van 6 januari 1989.



de partij die een beroep tot vernietiging heeft ingesteld, de schorsing uitspreken van de wet, het decreet of de ordonnantie waardoor een verdrag instemming verkrijgt en waartegen zo'n beroep gericht is. Blijkbaar echter zal een vordering tot schorsing van een akte houdende goedkeuring van een verdrag, meestal zonder belang zijn als dat verdrag niet is bekrachtigd<sup>83</sup>.

Mijns inziens zou het Hof eventueel ook bevoegd zijn om vóór de inwerkingtreding van het verdrag, bij wege van arrest, prejudicieel uitspraak te doen omtrent een vraag inzake schending door een wet, een decreet of een ordonnantie waardoor een verdrag instemming verkrijgt, van de regels die door of krachtens de Grondwet zijn vastgesteld voor het bepalen van de onderscheiden bevoegdheid van de Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten of van de artikelen 6, *6bis* en 17 van de Grondwet<sup>84</sup>. Het laat zich aanzien dat het Hof slechts uitzonderlijk kennis zal nemen van prejudiciële vragen omtrent een akte tot instemming met een verdrag, als dat verdrag, dat nog niet van kracht is geworden, geen effect kan sorteren in de nationale rechtsorde<sup>85</sup>.

Zowel in het kader van vorderingen tot vernietiging als in het kader van prejudiciële vragen, kan het Hof gewis bepaalde punten van de intrinsieke en extrinsieke grondwettigheid van de eigenlijke instemmingsakte toetsen.

De toetsing van de intrinsieke grondwettigheid van de instemmingsakte is beperkt tot het onderzoek van de verenigbaarheid van die akte met de regels van de artikelen 6, *6bis* en 17 van de Grondwet. Dat een wet, een decreet of een

<sup>83</sup> Professor LEJEUNE en P. BROUWERS wijzen erop dat «une demande en suspension ne présente un intérêt pratique que dans le cas où le Roi a déjà procédé à la ratification du traité: un éventuel arrêt de suspension permettrait alors d'éviter que le traité ne produise des effets dans l'ordre juridique interne dans l'attente de la décision sur le recours en annulation» (LEJEUNE, Y. en BROUWERS, P., *o.c.*, nr. 15, noot 40).

<sup>84</sup> Uit de bepaling van artikel 3, § 2, van de bijzondere wet van 6 januari 1989, waarbij de bevoegdheid van het Arbitragehof om uitspraak te doen op beroepen tot vernietiging van een dergelijke wet, een dergelijk decreet of een dergelijke ordonnantie uitdrukkelijk erkend wordt en waarbij de termijn voor een dergelijk beroep tot zestig dagen beperkt wordt, kan dan ook niet afgeleid worden dat de bijzondere wetgever de bevoegdheid van het Arbitragehof om te antwoorden op prejudiciële vragen m.b.t. een instemmingsakte op absolute wijze heeft willen uitsluiten.

In de mate waarin de prejudiciële vraag de Belgische Staat niet dreigt in een toestand te brengen die onverenigbaar is met de verplichtingen die voor hem voortvloeien uit het verdrag waarmee hij ingestemd heeft, en uitsluitend in die mate, kan ik mij aansluiten bij de overwegingen waarmee het Arbitragehof in zijn voormeld arrest van 16 oktober 1991 zijn bevoegdheid om uitspraak te doen op prejudiciële vragen heeft gerechtvaardigd (Arbitragehof, 16 oktober 1991, arrest nr. 26/91, rolno. 192).

<sup>85</sup> In beginsel verklaren de gerechtelijke instanties de rechtsvorderingen niet toelaatbaar wanneer de eiser geen verkregen en dadelijk belang heeft; desalniettemin verklaren ze deze toelaatbaar indien ze, zelfs tot verkrijging van een verklaring van recht, zijn ingesteld om schending van een ernstig bedreigd recht te voorkomen (art. 18 Ger.W.).

Het is dus niet volkomen uitgesloten dat er bij die gerechtelijke instanties vorderingen of weren worden ingediend met de bedoeling de ratificatie te beletten van een verdrag waarvan de bepalingen een ernstige bedreiging zouden vormen voor de belangen van een justitiabele.

ordonnantie geen norm bevat, betekent niet dat zij de grondwettelijke bepalingen niet zouden kunnen schenden. De vraag is of een schending van die bepalingen hieraan te wijten kan zijn dat het verdrag dat instemming heeft verkregen, die bepalingen heeft geschonden. Met andere woorden, kan men zeggen dat de wet, het decreet of de ordonnantie waardoor instemming wordt verleend aan een verdrag dat op een intrinsiek ongrondwettigheidsgebrek berust, die ongrondwettigheid overneemt? Op dat punt kom ik dadelijk terug. Wat de toetsing van de extrinsieke grondwettigheid van de instemmingsakte betreft, die is beperkt tot het onderzoek van de naleving van de regels die door of krachtens de Grondwet zijn vastgesteld voor het bepalen van de onderscheiden bevoegdheid van de Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten, met welke regels de wet van 16 januari 1989 diverse regels inzake procedures van overleg, van betrokkenheid, van advies... heeft gelijkgesteld<sup>86</sup>.

Kan het Arbitragehof, op een beroep tot vernietiging van een instemmingsakte of op een prejudiciële vraag betreffende zodanige akte, punten van de intrinsieke of extrinsieke grondwettigheid van het verdrag zelf toetsen? Op die vraag heeft het Arbitragehof bevestigend geantwoord, althans wat de intrinsieke grondwettigheid betreft. Ik herinner eraan dat het Arbitragehof in zijn arrest nr. 26/91 van 16 oktober 1991 heeft geoordeeld dat zijn toetsing «het onderzoek omvat van de inhoud van de bepalingen» van het verdrag, onder voorbehoud «dat het Hof, bij zijn toetsing, ermee rekening moet houden dat het niet gaat om een eenzijdige soevereiniteitsakte, maar om een verdragsnorm die ook buiten de interne rechtsorde rechtsgevolgen teweegbrengt».

Men kan met het Arbitragehof aannemen dat de wet, het decreet of de ordonnantie waardoor instemming wordt verleend aan een verdrag dat de artikelen 6, *6bis* of 17 van de Grondwet schendt, dat ongrondwettigheidsgebrek overneemt<sup>87</sup>.

Evenzo meen ik dat men moet aannemen dat de wet, het decreet of de ordonnantie die instemming verleent aan een verdrag dat is uitgewerkt met miskennen van de regels tot verdeling van de bevoegdheid tussen de Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten of van de ermee gelijkgestelde regels, die strijdigheid overneemt<sup>88</sup>.

Vóór de inwerkingtreding van het verdrag waaraan een wet, een decreet of een ordonnantie instemming heeft verleend, omvat de toetsing door het Arbitragehof dan ook, in een zekere mate en via de instemmingsakte, het inhoudelijk onderzoek van de bepalingen van het verdrag, alsmede van

<sup>86</sup> Zie artikel 124*bis* van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, ingevoegd bij de wet van 16 januari 1989.

<sup>87</sup> Professor LEJEUNE en P. BROUWERS mochten het volgende schrijven: «Evidemment la décision parlementaire d'approuver le traité est nettement distincte de celui-ci. Mais, prêtant son concours au pouvoir exécutif pour assurer l'efficacité interne des dispositions venues avec l(es) autr(es) partie(s) contractante(s), le législateur 'autorise' l'application éventuelle du traité taxé d'inconstitutionnalité et ainsi pourrait être considéré comme se rendant complice de l'irrégularité commise par autrui» (LEJEUNE, Y. en BROUWERS, P., *o.c.*, nr. 11).

<sup>88</sup> Vgl. ERGEC, R., «La Cour d'arbitrage...», *o.c.*, inz. pp. 274-276; VELAERS, J., *Het Arbitragehof*, Antwerpen-Apeldoorn, 1985, p. 97.

de organieke en formele voorwaarden waaronder het is opgesteld, ondertekend of gesloten <sup>89</sup>.

Aldus zou, vóór de inwerkingtreding van het verdrag, door het Arbitragehof via de instemmingsakte niet alleen het verdrag kunnen worden getoetst, waarin de grondwettelijke regels van gelijkheid voor de wet, van discriminatieverbod of van de vrijheid van onderwijs, worden miskend, maar ook het beweerde verdrag dat door een Gemeenschapsexecutive is ondertekend, terwijl nog geen bijzondere wet de modaliteiten heeft vastgesteld volgens welke het verdrag had moeten worden gesloten, of het verdrag dat door de Koning is ondertekend in een aangelegenheid die tot de bevoegdheid van een gemeenschaps- of gewestraad behoort en bij de onderhandelingen waaraan de Gemeenschaps- of Gewestexecutieve niet betrokken werd, in strijd met artikel 81 van de bijzondere wet tot hervorming der instellingen van 8 augustus 1980 <sup>90</sup>.

Wat de gerechtelijke en administratieve rechtscolleges betreft, is het weinig waarschijnlijk dat zij, zoals ik zoëven heb gezegd, tussen de instemming met het verdrag en de inwerkingtreding ervan kennis zullen moeten nemen van vorderingen of weren ten betoge dat de wet, het decreet of de ordonnantie waardoor het verdrag instemming heeft verkregen of het verdrag zelf, ongrondwettig zijn. Als dergelijke vorderingen of weren voor hen worden aangebracht, zijn drie gevallen mogelijk.

Ofwel – eerste onderstelling, die zowel voor de wetten en decreten als voor de ordonnantiën geldt – is het zo dat de aangevoerde ongrondwettigheid afgeleid is uit een schending van de regels tot verdeling van de bevoegdheid tussen de Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten of van de in de artikelen 6, *6bis* en 17 van de Grondwet bedoelde regels, in welk geval het rechtscollege, krachtens artikel 26 van de bijzondere wet van 6 januari 1989, en onder voorbehoud van de in dat artikel gestelde uitzonderingen, ertoe gehouden is het Arbitragehof te verzoeken over die vraag uitspraak te doen.

Ofwel – tweede onderstelling, die alleen betrekking heeft op de wetten en decreten – volgt de aangevoerde ongrondwettigheid uit een schending van andere grondwettelijke regels; in dat geval moet het rechtscollege zich onbevoegd verklaren om zich over die ongrondwettigheid uit te spreken.

Ofwel – derde onderstelling, die alleen betrekking heeft op de ordonnantiën – volgt de ongrondwettigheid uit de schending van andere grondwettelijke regels: krachtens de artikelen 9, 63 en 69 van de bijzondere wet van 12 januari 1989 met betrekking tot de Brusselse instellingen zal het rechtscollege de ongrondwettigheid van de ordonnantie en van het verdrag moeten toetsen.

### 3° *Strijdigheid tussen het van kracht zijnde verdrag en de Grondwet*

27. Hier onderzoeken we nu het geval waarin, nadat het internationaal verdrag in werking getreden is en bindend is voor de Staat, tussen dat verdrag en de Grondwet een strij-

digheid in de nationale rechtsorde wordt vastgesteld. Het gaat hier niet meer om een schijnbaar en virtueel conflict: het conflict Verdrag/Grondwet is echt en actueel.

Mij dunkt dat bij het onderzoek van dat probleem een nieuw onderscheid moet worden gemaakt naargelang de strijdigheid al dan niet te wijten is aan de onmiskenbare schending van een grondwettelijke regel van fundamenteel belang inzake de bevoegdheid tot het sluiten van verdragen.

#### a) STRIIDIGHEID TE WIJTEN AAN EEN ONMISKENBARE SCHENDING VAN EEN GRONDWETTELIJKE REGEL VAN FUNDAMENTEEL BELANG INZAKE DE BEVOEGDHEID TOT HET SLUITEN VAN VERDRAGEN

28. Het Hof zal zich herinneren dat in de internationale rechtsorde het verdrag weliswaar principieel voorrang heeft boven de Grondwet in die zin dat een Staat-partij zich niet op de regels van zijn Grondwet kan beroepen ter rechtvaardiging van de niet-uitvoering van het verdrag, maar wanneer de instemming van de Staat om door een verdrag gebonden te zijn is gegeven in strijd met een grondwettelijke regel inzake de bevoegdheid tot het sluiten van verdragen, die Staat dat feit niettemin kan aanvoeren ter ongeldigverklaring van zijn instemming, in zoverre die schending onmiskenbaar was en een regel van fundamenteel belang betrof <sup>91</sup>.

Wanneer in de nationale rechtsorde de strijdigheid tussen het in werking getreden verdrag en de Grondwet voortvloeit uit een onmiskenbare schending van een regel van fundamenteel belang die door of krachtens de Grondwet is vastgesteld in verband met de bevoegdheid tot het sluiten van de verdragen, kan de erkenning van de voorrang van die regel derhalve normaal geen afbreuk doen aan de regels van internationaal recht.

In dat geval namelijk, afgezien nog van het feit dat het niet onlogisch is in de nationale rechtsorde aan de Grondwet voorrang toe te kennen, aangezien die voorrang ook geldt in de internationale rechtsorde, kan door de enkele omstandigheid dat de rechter voorrang geeft aan de grondwettelijke norm om de toepassing van de verdragsnorm uit te sluiten, de Staat waarvan hij een orgaan is, niet internationaalrechtelijk aansprakelijk worden verklaard.

29. Blijkbaar is er dan ook geen enkel bezwaar dat het Arbitragehof – binnen de hierna vermelde perken – de extrinsieke grondwettigheid van het van kracht zijnde verdrag toetst. Dat Hof is dus zowel voor als na de inwerkingtreding van het verdrag bevoegd om bij wege van arrest uitspraak te doen op de beroepen tot vernietiging van een wet, een decreet of een ordonnantie waardoor een verdrag instemming verkrijgt, wegens onmiskenbare schending van de regels van fundamenteel belang die door of krachtens de Grondwet zijn vastgesteld voor het bepalen van de respectieve bevoegdheid van de Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten tot het sluiten van verdragen, alsmede van de ermee gelijkgestelde regels. Onder de bij de artikelen 19 tot 21 van de bijzondere wet gestelde voorwaarden kan het ook, op vordering van degene die een beroep tot vernietiging heeft ingesteld, de instemmingsakte schorsen. Het kan overigens zowel na als voor de inwerkingtreding van het verdrag, bij wege van een arrest, prejudicieel uitspraak doen over een

<sup>89</sup> Vgl. Arbitragehof, 16 oktober 1991, arrest nr. 26/91, rolnr. 192.

<sup>90</sup> Vgl. ERGEC, R., «La Cour d'arbitrage...», *o.c.*, pp. 274-276 en LEJEUNE, Y., en BROUWERS, P., *o.c.*, nr. 13.

<sup>91</sup> Zie *supra*, nrs. 14-15.

vraag inzake onmiskenbare schending door een instemmingsakte van een van die regels.

Bij toetsing onderzoekt het Hof blijkbaar niet alleen of de eigenlijke instemmingsakte die regels in acht heeft genomen, maar ook of deze in acht zijn genomen door het verdrag zelve waarop de instemmingsakte betrekking heeft.

Wat opnieuw de gerechtelijke en administratieve rechtscolleges betreft, is het zo dat, wanneer een vraag wordt opgeworpen over een onmiskenbare schending van een van die regels door een wet, een decreet of een ordonnantie waardoor instemming wordt gegeven aan een in werking getreden verdrag of door een verdrag waarvoor instemming is gegeven, die rechtscolleges, onder voorbehoud van de uitzonderingen van artikel 26, § 2, van de bijzondere wet van 6 januari 1989, verplicht zijn het Arbitragehof te verzoeken over die vraag uitspraak te doen.

#### b) DE ANDERE TEGENSTRIJDIGHEDEN

30. Het probleem van de tegenstrijdigheid tussen het van kracht zijnde verdrag en de Grondwet blijkt aanzienlijk veel kieser in de interne rechtsorde wanneer die tegenstrijdigheid niet voortspuit uit een onmiskenbare schending van een grondwettelijke regel van fundamenteel belang inzake de bevoegdheid tot het sluiten van verdragen, inzonderheid wanneer de regels van het verdrag en de Grondwet wegens hun inhoud onverenigbaar blijken.

Dat probleem is door de Staten op de meest uiteenlopende wijze opgelost: uit de vergelijkende studie<sup>92</sup> blijkt dat die oplossingen in twee verschillende groepen systemen kunnen

<sup>92</sup> CANSEL, E., *Hierarchie des normes constitutionnelles et sa formation dans la protection des droits fondamentaux*, Rapport général de la VIII<sup>e</sup> Conférence des Cours constitutionnelles européennes (Ankara 7-10 mei 1990), Ankara 1990; CASESE, A., «Modern Constitutions and International Law», *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 1985, III, pp. 341-475; DARMON, M., «Juridictions constitutionnelles et droit communautaire», *Rev.trim.dr.eur.*, 1988, 217-251; DRZEMCZEWSKI, A., *European Human Rights Convention in Domestic Law*, Oxford, 1983; EISEN, M.A., «L'interaction des jurisprudences constitutionnelles nationales et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», in *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, Parijs, 1990, pp. 137-215; ISAAC, G., *Droit communautaire général*, Parijs, 2e druk, 1989, pp. 171-182; KOVAR, R., «Rapports entre droit communautaire et droits nationaux», in *Trente ans de droit communautaire*, Brussel-Luxemburg, 1981, pp. 115 e.v.; LOUIS, J.V., *L'ordre juridique communautaire*, 5e druk, Brussel, 1989; OLMI, G., «L'application judiciaire des traités internationaux dans la Communauté européenne et ses Etats membres», in *Mélanges Teitgen*, Parijs, 1984, pp. 355-406; *idem*, «Les Hautes juridictions nationales, juges du droit communautaire», in *Liber amicorum P. Pescatore*, Baden-Baden, 1987, pp. 499-536; POLAKIEWICZ, J., *La mise en oeuvre de la Convention européenne des droits de l'homme en Europe de l'Ouest*, Raad van Europa, Straatsburg, 1991; POLAKIEWICZ, J., en JACOB-FOLTZER, V., «The European Human Rights Convention in domestic Law: The impact of the Strasbourg case-law in States when direct effect is given to the Convention», *Human Rights Law Journal*, 1991, 65-85 en 125-142; RIDEAU, J., «Constitution et droit international dans les Etats membres des Communautés européennes», *Revue française de droit constitutionnel*, 1990, 260-296 en 425-454; WAELBROECK, M., *Traités internationaux et juridictions internes*, Brussel, 1969; WILDHABER, L., *Treaty-Making Power and Constitution. An international and comparative study*, Bazel-Stuttgart, 1971.

worden onderverdeeld: de dualistisch gerichte systemen en aanverwante, en de monistisch gerichte systemen en aanverwante.

31. Het is bekend dat volgens de dualistische doctrine de internationale rechtsorde en de nationale rechtsorde moeten worden beschouwd als twee evenwaardige en onderscheiden rechtsstelsels die nooit worden vermengd, hetgeen betekent dat de interne rechtsorde een eigen waarde heeft die los staat van haar overeenstemming met de internationale rechtsorde. Volgens de logica van die leerstelling heeft het internationaal verdragsrecht, in het intern recht, geen voorrang op de nationale rechtsnormen. Toetsing van de intrinsieke grondwettigheid van de verdragen is dus wel zinvol, maar toetsing van de Grondwet en de wetten aan de verdragen is dat hoegenaamd niet.

Hoewel allicht geen enkele Staat die doctrine integraal heeft overgenomen, leeft die dualistische tendens toch bij heel wat Staten. Het kan zelfs niet worden betwist dat die tendens in de meeste Staten de bovenhand heeft, in die zin dat het bij wet goedgekeurde verdrag in de hiërarchie van de interne rechtsnormen doorgaans evenwaardig is aan de wet, zodat, ingevolge het adagium «Lex posterior derogat legi priori», het vigerend verdrag weliswaar voorrang heeft op de vroegere wet maar daarentegen de Grondwet en de latere wet moet laten voorgaan.

Het baart derhalve geen opzien dat de twee landen waar de dualistische tendens het meest opgang maakt in de teksten van het positief recht en in de rechtspraak, die landen zijn waar de dualistische doctrine bij de auteurs het grootste succes heeft gehad, te weten Duitsland en Italië<sup>93</sup>.

32. In Duitsland<sup>94</sup> is het zo dat onder invloed van de dua-

<sup>93</sup> De twee belangrijkste werken ter verdediging van de dualistische leer zijn ongetwijfeld die van TRIEPEL (*Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1899, Franse vertaling door R. BRUNET met als titel *Droit international et droit interne*, 1920) en van ANZILOTTI (*Il diritto internazionale nel quidizi interni*, Bologna, 1905, Cours de droit international, Franse vertaling door G. GIDEL, 1929).

<sup>94</sup> Artikel 24, § 1, van de Fundamentele Wet kent de Federatie de mogelijkheid toe om «bij wet soevereiniteitsrechten aan internationale instellingen over te dragen» en § 2, staat haar toe «om zich, in het belang van het vredesbehoud, in een systeem van collectieve wederzijdse veiligheid te integreren. In welk geval ze met al de soevereiniteitsbeperkingen zal instemmen die noodzakelijk zullen blijken om een duurzame vrede in Europa en tussen de wereldstaten onderling te bewerkstelligen en te waarborgen».

Volgens artikel 25 «maken de algemene bepalingen van het internationaal recht integrerend deel van het federaal recht uit. Ze hebben voorrang boven de wetten en scheppen rechtstreekse rechten en verplichtingen voor de bewoners van het federaal grondgebied». Er wordt echter algemeen aanvaard dat de bepaling van artikel 25 enkel op verdragen toegepast wordt in de mate dat een algemene bepaling van het internationaal recht door dit artikel bedoeld wordt.

BEGUIN, J.C., *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République fédérale d'Allemagne*, Parijs, 1982, inz. pp. 72 en 78; DARMON, M., o.c., pp. 226-228 en pp. 237-240; FROMONT, M., en RIEG, A., *Introduction au droit allemand*, I, Parijs, 1977, pp. 183-185; FROWEIN, J.A., «Fédéral Republic of Germany», in JACOBS, F.G. en ROBERTS, S. (red.), *The effects of Treaties in Domestic Law*, 1987, pp. 63 e.v.; HERZOG, R., «La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux en droit allemand», *Revue universelle des droits de l'homme*, 1990, 280-288; OLMI, G., «Les hautes juridictions...», o.c., pp. 509-511; POLAKIEWICZ, J., o.c., pp. 8-9; POLAKIEWICZ, J. en JACOB-FOLTZER, V., o.c., pp. 78-81; RI-

listische doctrine, waarmee de meeste auteurs instemmen, de werking van een verdrag in de interne rechtsorde haar verantwoording vindt door een proces van omvorming van de normen van het verdrag, welke omvorming normalerwijze door een gewone wet gebeurt.

De meeste verdragen die de bondsregering sluit moeten door een wet (Zustimmungsgesetz) worden goedgekeurd. Artikel 59, tweede lid, van de Fundamentele Wet bepaalt immers dat de verdragen betreffende de politieke betrekkingen van de Bondstaat<sup>95</sup> en de verdragen betreffende wetgevende aangelegenheden<sup>96</sup> door de wetgever moeten worden goedgekeurd. In de praktijk worden de door de bondsregering gesloten verdragen waarvan de uitvoering alleen een administratief reglement of gewone administratieve maatregelen vereist, niet door een wet goedgekeurd. De wetten houdende goedkeuring van een verdrag hebben een dubbele functie: zij machtigen de bondspresident om het goedgekeurde verdrag te ratificeren en zij maken van de inhoud van het verdrag intern Duits recht<sup>97</sup>.

De opname van een verdrag bij Zustimmungsgesetz, overeenkomstig artikel 59, § 2, van de Fundamentele Wet, verleent aan het verdrag het statuut van bondsrecht.

De Fundamentele Wet bepaalt de rang niet van het verdrag in de interne rechtsorde. De Duitse rechtspraak en rechtsleer, uitgaande van de Duitse juridische traditie die steunt op een dualistische opvatting van de verhouding tussen de internationale rechtsorde en de nationale rechtsorde, oordelen dat het statuut van het verdrag in het intern recht afhangt van de rang die het bij zijn opname in dat recht krijgt (meestal een wet, maar soms een ordonnantie of een administratief reglement). Doorgaans worden aangenomen dat het verdrag de rang heeft van een gewone wet. Bij conflict tussen een verdrag en een wet wordt het beginsel dat een wet een vroegere wet opheft, in zoverre zij daarmee strijdig is, toegepast<sup>98</sup>.

DEAU, J., *o.c.*, pp. 425-429; TOMUSCHAT, C., «Les rapports entre le droit communautaire et le droit interne allemand dans la jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle allemande», *Cahiers de droit européen*, 1989, 163-178; WILDHABER, L., *o.c.*, pp. 215-218, pp. 354-357 en pp. 366-367.

<sup>95</sup> Onder politieke verdragen verstaat men de verdragen «betreffende het instellen, het versterken en het uitbreiden van de macht van een Staat t.a.v. andere Staten». In de regel betekent zulks zowel de niet-aanvalsverdragen, de alliantieverdragen en de verdragen betreffende politieke samenwerking als de handelsverdragen die een grotere politieke betekenis hebben (FROMONT, M. en RIEG, A., *o.c.*, p. 184).

<sup>96</sup> Onder verdragen inzake wetgeving verstaat men de verdragen waardoor de Federatie verplichtingen aanvaardt waarvan de uitvoering het stemmen van een federale wet noodzakelijk maakt, wat steeds het geval is telkens als partikulieren beperkingen opgelegd worden (materie uitsluitend bij wet geregeld of gesetzelicher Vorbehalt) (FROMONT, M. en RIEG, A., *o.c.*, p. 184).

<sup>97</sup> HERZOG, R., *o.c.*, inz. p. 279.

<sup>98</sup> FROMONT, M. en RIEG, A., *o.c.*, pp. 184-185; HILF, M., «Rang er E.M.R.K. im deutschen Recht», in MAHRENHOLZ, E., HILF, M. en KLEIN, E., *Entwicklung der Menschenrechte innerhalb der Staaten des Europarats*, 1987, pp. 19 e.v., inz. p. 39.

Zie o.m. Federaal Hof van Justitie (Bundesgerichtshof), 12 juli 1966, *BGH*, st. 21, 81 (84); Opperste gewestelijke rechtbank Berlijn (Kammergericht), 1 september 1981, *FAM RZ*, 1982, 95 (96); Fe-

Het beginsel dat bij conflict tussen de norm van een verdrag met rechtstreekse werking in de interne rechtsorde en een nationale rechtsregel, de internationale norm voorrang heeft, wordt dus niet erkend. De rechtscollages pogen voor zover mogelijk de wetten uit te leggen overeenkomstig de verbintenissen die uit het verdrag volgen, op grond van het vermoeden dat de wetgever wordt geacht die verbintenissen niet te hebben geschonden bij het aannemen van een nieuwe wet<sup>99</sup>. In een arrest van 26 maart 1987 heeft het Grondwettelijk Hof evenwel aangenomen dat de bepalingen van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens voorrang zouden moeten krijgen op de latere wetten, behalve wanneer kan worden aangetoond dat de wetgever het anders heeft gewild<sup>100</sup>.

Hoewel de Fundamentele Wet niet uitdrukkelijk bepaalt dat de internationale verdragen aan de Grondwet kunnen worden getoetst, oordeelt het Grondwettelijk Hof toch dat de verdragen de waarde hebben van de wet waardoor zij in de interne rechtsorde uitwerking hebben gekregen en dat niet het verdrag maar die wet, zoals de andere wetten, aan de Grondwet kan worden getoetst bij wege van exceptie op verwijzing door een rechter of bij wege van een rechtsvordering die zelfs door een privé-persoon kan worden ingesteld, als die een schending van een fundamenteel, door de Fundamentele Wet gewaarborgd, recht aanvoert<sup>101</sup>. Elk verdrag kan dus, via de goedkeuringswet, voor ongrondwettig worden gehouden. Voor zover mogelijk tracht het Grondwettelijk Hof, om het conflict te vermijden, door zijn uitlegging de Grondwet en het verdrag te verzoenen. Toch valt op te merken dat het Grondwettelijk Hof, in een beslissing van 14 mei 1986 – blijkbaar de enige beslissing die de ongrondwettigheid van een verdrag heeft vastgesteld – artikel 1, § 1, van de Duitse wet van 5 september 1972, betreffende het Duits-Russisch akkoord van 11 augustus 1971 tot het vermijden van de dubbele belasting inzake inkomsten- en vermogensbelasting, heeft vernietigd in zoverre het onverenigbaar is met het beginsel van de Rechtsstaat, vastgelegd in artikel 20 van de Fundamentele Wet<sup>102</sup>.

Met betrekking tot het gemeenschapsrecht verklaart het Grondwettelijk Hof zich bevoegd om vast te stellen dat het primaire gemeenschapsrecht niet van toepassing is. In zijn rechtspraak met betrekking tot zijn bevoegdheid om het afgeleid gemeenschapsrecht te toetsen aan de bepalingen van de Fundamentele Wet hebben zich ontwikkelingen voorgedaan die nu eens gunstig, dan weer ongunstig waren t.a.v.

deraal Grondwettelijk Hof (Bundesverfassungsgericht), 26 maart 1987, *EuGRZ*, 1987, 203 (206).

<sup>99</sup> Uit de rechtspraak blijkt dat er een algemeen beginsel bestaat van openhouding t.a.v. het internationaal recht (Völkerrechtsfreundlichkeit des nationalen Rechtsordnung) dat opgenomen is in verschillende bepalingen van de Fundamentele Wet en volgens hetwelk de gerechten ervoor moeten zorgen de maximale uitwerking van het internationaal recht in de interne rechtsorde te bewerkstelligen, wat hen ertoe leidt een verzoenende interpretatie te kiezen in geval van openlijk conflict tussen het verdrag en de Grondwet of een latere wet (FROMONT, M. en RIEG, A., *o.c.*, p. 185).

<sup>100</sup> *B Verf GE*, 74, 358 (370) en *Eu GRZ*, 1987, 203 (206).

<sup>101</sup> Wat betreft de toetsing van de grondwettigheid van de verdragen in de praktijk in Duitsland, zie WILDHABER, L., *o.c.*, pp. 366-369, nr. 197.

<sup>102</sup> LEJEUNE, Y. en BROUWERS, P., *o.c.*, nr. 5, noot 11.

de voorrang van het gemeenschapsrecht. In tegenstelling tot een vroegere evolutie, die eerder in het voordeel van die voorrang verliep, zoals onder meer bleek uit de beslissingen van 18 oktober 1967<sup>103</sup> en 9 juni 1971<sup>104</sup>, werd in een ordonnantie van 29 mei 1974 gesteld dat het Grondwettelijk Hof bevoegd is om de gemeenschapsverordeningen te toetsen aan de bepalingen van de Fundamentele Wet inzake de fundamentele rechten<sup>105</sup>. Het Grondwettelijk Hof heeft die uitspraak nadien geleidelijk afgezwakt<sup>106</sup>. In een beslissing

<sup>103</sup> Na te hebben overwogen dat het niet kon oordelen, op grond van artikel 93, § 4 (a), van de Fundamentele Wet, over de handelingen van gemeenschapsinstellingen, die «handelingen zijn uitgaande van een door het verdrag in leven geroepen en duidelijk van de openbare macht van de Lid-Staten te onderscheiden bijzonder, 'supranationaal', openbaar gezag» en dat het aan de gewone rechtbanken stond de verenigbaarheid van de nationale maatregelen met de gemeenschappelijke bepalingen te toetsen, heeft het Grondwettelijk Hof in zijn beslissing van 18 oktober 1967 een voorbehoud geformuleerd m.b.t. zijn bevoegdheid om de eerbiediging door het gemeenschapsrecht van de door de Fundamentele Wet gewaarborgde grondrechten te toetsen: «Er wordt hier niet geoordeeld over de vraag of het Federaal Grondwettelijk Hof, in een rechtsgeldig ingeleid geding, het gemeenschapsrecht mocht beoordelen in het licht van de bepalingen van de Fundamentele Wet die de grondrechten waarborgen en in welke mate het dit zou mogen doen, aangezien deze vraag duidelijk afhankelijk is van de beslissing over de voorafgaande vraag met ruimere draagwijdte of men mag spreken, en in welke zin, van een band van ondergeschiktheid van de E.E.G.-instellingen aan het systeem van de fundamentele rechten van de Duitse Bondsrepubliek, m.a.w. of en in welke mate de Duitse Bondsrepubliek de gemeenschapsinstellingen van die band heeft kunnen bevrijden toen ze, overeenkomstig artikel 24, § 1, van de Fundamentele Wet, soevereiniteitsrechten aan de Gemeenschap overgedragen heeft» (*B. Verf GE*, 22, pp. 293, 296, 299); *Europarecht*, 1968, 34; *Rev.trim.dr.eur.*, 1968, 203; DARMON, M., o.c., p. 226; LOUIS, J.V., o.c., nr. 120, p. 142; RIDEAU, J., o.c., p. 426).

<sup>104</sup> De stelling betreffende de verhoudingen tussen het gemeenschapsrecht en het intern recht weergegeven in de beslissing van 18 oktober 1967, werd bevestigd door het arrest van het Hof van 9 juni 1971: «De bekrachtiging van het E.E.G.-verdrag» stelt het arrest «heeft een autonome rechtsorde in het leven geroepen waarvan de bepalingen uitwerking hebben in de interne rechtsorde en door de Duitse gerechten moeten nageleefd worden». «Volgens de interpretatie van het Hof van Justitie van de Europese gemeenschappen», zijn deze gerechten ook gehouden «de rechtsregels toe te passen die, al gaan ze van een autonome soevereiniteit zonder uitstaans met de Staat uit, een rechtsreeke uitwerking hebben in de interne juridische orde en voorrang hebben boven de strijdige nationale bepalingen en die zelfs in de plaats ervan komen daar het de enige manier is om de aan de onderdanen van de Gemeenschap toegekende subjectieve rechten te verwezenlijken» (*B. Verf GE*, 31, pp. 145, 174; *Europarecht*, 1972, 56; DARMON, M., o.c., pp. 226-227; LOUIS, J.V., o.c., nr. 120, p. 142, en nr. 129, pp. 150-151; RIDEAU, J., o.c., p. 426).

<sup>105</sup> In 1970 werd de vraag betreffende de fundamentele rechten door de administratieve rechtbank te Frankfurt bij het Hof van Justitie aanhangig gemaakt.

Het Hof van Justitie heeft hierop geantwoord in zijn arrest van 17 december 1970 inzake Internazionale Handelsgesellschaft (zaak 11/70, *Jur. H.v.J.*, 1970, 1125) door te overwegen, zoals men zich herinnert, dat «beweerde inbreuken op grondrechten zoals die in de constitutie van een Lid-Staat zijn neergelegd of op de beginselen van het constitutioneel bestel van een Lid-Staat, derhalve aan de rechtsgeldigheid van een handeling der Gemeenschap of aan de

van 22 oktober 1986 verklaarde het af te zien van toetsing van het afgeleid gemeenschapsrecht aan de bepalingen van de Fundamentele Wet, zolang de communautaire rechtsorde een doeltreffende bescherming waarborgt van de fundamentele rechten ten aanzien van de maatregelen van de gemeenschap<sup>107</sup>. Het heeft echter in zijn beslissing van 12

werking der handeling op het grondgebied van die staat niet kunnen afdoen».

Op het incidenteel beroep van dezelfde administratieve rechtbank, heeft het Grondwettelijk Hof op 29 mei 1974 een beschikking gewezen die strijdig is met de rechtsleer van voormeld arrest van het Hof van Justitie.

Het Grondwettelijk Hof, oordelend dat de gemeenschappelijke rechtsorde de bescherming van de fundamentele rechten onvoldoende waarborgde, heeft zich bevoegd verklaard om door middel van incidentele beroepen de verenigbaarheid van de gemeenschapsreglementen met de bepalingen van de Fundamentele Wet betreffende de grondrechten te toetsen «zolang» het gemeenschapsrecht geen geschreven, door het Parlement aangenomen en aan de catalogus van de Fundamentele Wet gelijkwaardige lijst van grondrechten zou inhouden. De interne rechter die derhalve oordeelt dat een gemeenschappelijke maatregel een van deze bepalingen schendt, moet de vraag aan het Hof stellen; voor het geval het Hof de ingeroepen schending vaststelt, moet het de aangeklaagde gemeenschappelijke maatregel niet toepasselijk verklaren. Te dezen heeft het Hof dergelijke schending niet vastgesteld (*B. Verf GE*, 37, pp. 271, 279 e.v.; *Eu GRZ*, 1974, nr. 1, p. 5; *Europarecht*, 1975, 150; *Rev.trim.dr.eur.*, 1975, 316, met noot FROMONT, M., p. 333; *Cahiers de droit européen*, 1975, 149, met noot van G. COHEN-JONATHAN, «Cour constitutionnelle et règlements communautaires», p. 173; AUTEUXIER, C., «L'hétérogénéité du droit communautaire dérivé», *Rev.int.dr.comp.*, 1982, 377 e.v., inz. 348; DARRAS, J. en PIROTTE, O., «La Cour constitutionnelle allemande a-t-elle mis en danger la primauté du droit communautaire?», *Rev.trim.dr.eur.*, 1976, 415; EHLERMANN, C.D., «Primauté du droit communautaire mise en danger par la Cour constitutionnelle allemande», *Revue du Marché Commun*, 1975, 10 e.v.; FROMONT, M., «Commentaire», *Rev.dr.publ.*, 1976, 187 e.v., inz. 197; LOUIS, J.V., o.c., nr. 120, p. 142; RIDEAU, J., o.c., pp. 426-427.

<sup>106</sup> Het Grondwettelijk Hof heeft, preciserend dat het de vraag onbeantwoord liet of de beginselen waarvan sprake in zijn beschikking van 29 mei 1974, rekening houdend met de zich ondertussen op Europees vlak voordoende juridische ontwikkelingen nog geldig waren en in welke mate, zich in zijn beschikking van 25 juli 1979 onbevoegd verklaard om de niet-toepasselijkheid van het primair gemeenschapsrecht vast te stellen.

Deze beslissing vormt het beginpunt van de evolutie van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof in een minder ongunstige zin wat de vereisten van de voorrang van het gemeenschapsrecht betreft (*B. Verf GE*, 1987, p. 202; *Europarecht*, 1980, 68, en de noot van H.P. IPSEN; LOUIS, J.V., o.c., nr. 120, p. 143; RIDEAU, J., o.c., p. 427). Deze evolutie werd kracht bijgezet door twee beslissingen van 23 juni 1981 (*B. Verf GE*, 58, pp. 1, 59, 63; *Eu GRZ*, 1982, p. 1972; LOUIS, J.V., o.c., nr. 120, p. 143; RIDEAU, J., o.c., pp. 427-428), alsook door het arrest van 18 december 1984 (*Eu GRZ*, 1984, 593; LOUIS, J.V., o.c., nr. 120, p. 143, noot 4).

<sup>107</sup> De beslissing van 22 oktober 1986 (Solange II) betekende een nieuwe belangrijke stap in deze evolutie en gaf een nieuw evenwicht aan de verhouding tussen de rechtsorde van de Duitse Bondsrepubliek Duitsland en die van de Europese gemeenschappen. Het Hof erkent dat de communautaire rechtsorde in staat bleek te zijn om de fundamentele rechten op voldoende wijze te waarborgen en verklaart dat het, in beginsel, de verenigbaarheid van het afgeleid gemeenschapsrecht niet zou toetsen aan de door de Fundamentele Wet gewaarborgde grondrechten. Doch deze verklaring werd ge-

mei 1989 zijn standpunt enigszins genuanceerd, althans met betrekking tot de richtlijnen<sup>108-109</sup>.

33. De Italiaanse oplossing<sup>110</sup> was niet wezenlijk verschillend. De invloed van de dualistische opvattingen heeft ertoe geleid dat het beginsel van de voorrang van de verdragsnormen boven de normen van het intern recht, in het Italiaanse recht niet geldt. Artikel 10, eerste lid, van de Grondwet<sup>111</sup>,

nanceerd door het formuleren van een voorbehoud van grondwettigheid en het stellen van een opschortende voorwaarde.

De beslissing stelt enerzijds dat «de bevoegdheidsverklaring krachtens artikel 24, § 1, van de Fundamentele Wet niet onbeperkt is op het grondwettelijk vlak. Volgens die bepaling kan van het specifiek karakter van de in de Bondsrepubliek Duitsland geldende grondwettelijke orde, niet worden afgezien door de structuur ervan, het bestel waarop het is gevestigd, te laten aantasten door de overdracht van soevereiniteitsrechten aan internationale instellingen».

Anderzijds wordt aan elke toetsing afgezien onder de volgende voorwaarde: «Zolang de Europese Gemeenschappen, en inzonderheid de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, de fundamentele rechten in het algemeen kunnen beschermen tegen de voorrechten van de openbare macht van de Gemeenschappen, rekening houdend met het feit dat deze bescherming in essentie te vergelijken is met de waarborg van de grondrechten door de Fundamentele Wet die deze bescherming als een onvervreembare waarborg beschouwt en dat ze voornamelijk de substantie van de fundamentele rechten waarborgt, zal het Federaal Grondwettelijk Hof zijn rechtsmacht niet meer uitoefenen wat betreft de toepasselijkheid van het afgeleide gemeenschapsrecht als rechtsgrond voor de handelingen van de rechtbanken en de Duitse overheden op het grondgebied van de Bondsrepubliek Duitsland en zal het derhalve dit recht niet meer toetsen aan de door de Fundamentele Wet gewaarborgde grondrechten; de tot dit einde op grond van artikel 100, § 1 van de Fundamentele Wet aangehangen gemaakte zaken zijn derhalve onontvankelijk.» Door deze beslissing heeft het Hof in beginsel erkend dat het gemeenschapsrecht voorrang had boven de door de Fundamentele Wet gewaarborgde grondrechten (*B Verf GE*, nr. 73, p. 339; *Neue Juristische Wochenschrift*, 1987, 577, noot VEDER, p. 526; *Juristenzeitung*, 1987, 236, noot RUPP; *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1987, 419; *Rev. trim.dr.eur.*, 1987, 537, met noot van V. CONSTANTINESCO, «Cour constitutionnelle allemande, droits fondamentaux et droit communautaire: une musique nouvelle sur un air ancien», p. 545; AUTEXIER, C., «Commentaire de la décision du 22 octobre 1986», *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1987, pp. 429-447; DARMON, M., o.c., p. 227; FROMONT, M., «Chronique», *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1986, 239-247, inz. p. 247; HILF, M., «Solange II: Wie lange noch Solange?», *Eu GRZ*, 1987, 1 e.v.; LOUIS, J.V., o.c., nr. 120, p. 144; RIDEAU, J., o.c., p. 428; RODRIGUEZ IGLESIAS en WOLKER, V., «Derecho comunitario, derechos fundamentales y control de constitucionalidad», *Rev.int.eur.*, 1987, 617 e.v.

<sup>108</sup> Deze beslissing verwerpt de vordering van een sigarettenfirma ertoe strekkend aan de Duitse regering verbod te doen opleggen om haar goedkeuring te geven aan een voorstel inzake richtlijnen betreffende het etiketteren van de verpakkingen van tabaksproducten. Ze preciseert echter dat het Hof zich bevoegd verklaart om het gebruik van de door de richtlijn aan de federale regering toegekende beoordelingsmarge te controleren en stelt hieromtrent dat «in zoverre de richtlijn de standaard van de fundamentele rechten van het gemeenschapsrecht zou schenden, het Hof van Justitie zijn rechtsbescherming zou verlenen» maar dat «indien derwijze de graad van bescherming van de imperatieve fundamentele rechten, als bedoeld in de Grondwet, niet bereikt is, de zaak voor het Grondwettelijk Hof kan worden gebracht» (*Eu R*, 1989, 270 e.v.; FROMONT, M., «Chronique», *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1989, 329-338, inz. p. 335; LOUIS, J.V., o.c., p. 144; MARDANI, e.a.,

luidens hetwelk «de Italiaanse rechtsorde zich schikt naar de algemeen erkende normen van het internationaal recht», wordt door het Grondwettelijk Hof aldus uitgelegd «dat het betrekking heeft op de automatische overeenstemming (van de Italiaanse rechtsorde) met de normen van het internationaal gewoonterecht, en niet met de normen van het internationaal verdragsrecht». De verdragen worden in de interne rechtsorde opgenomen in zoverre hun toepassing de wijziging – of gewoon de aanwending – van interne normen vereist. De rang van die normen in het intern recht (wetten of verordeningen) is bepalend voor de aard van de akte die de opname bewerkstelligt<sup>112</sup>. Volgens de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof<sup>113</sup> en van het Hof van Cassatie<sup>114</sup> en ook volgens de heersende rechtspraak<sup>115</sup> heeft een verdrag, wanneer het bij een gewone wet in de interne rechtsorde wet is opgenomen, het statuut en de kracht van een gewone wet. De normen van een verdrag hebben bijgevolg al-

«Chronique générale de jurisprudence communautaire», *Revue du Marché commun*, 1990, 49; RIDEAU, J., o.c., p. 429).

<sup>109</sup> Zie de beslissing van 11 april 1989 waarbij een vordering tot opschorting van de uitvoering van de beslissing van de Duitse federale regering betreffende de instemming van een richtlijn ook wordt verworpen (*Neue Juristische Wochenschrift*, 1990, 974, en het commentaar van SCHOLZ in hetzelfde tijdschrift, p. 941; FROMONT, M., «Chronique», *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1989, 329-338, inz. 334-335).

<sup>110</sup> DARMON, M., o.c., pp. 222-226 en 236-237; LE PERGOLA, A. en DEL DUCA, P., «Community law, International law and the Italian Constitution», *American Journal of International Law*, 1985, 598 e.v.; LOUIS, J.V., o.c., pp. 139-141; OLMÍ, G., «Les hautes juridictions...», o.c., pp. 511-513; POLAKIEWICZ, J., o.c., pp. 10-11; POLAKIEWICZ, J. en JACOB-FOLTZER, V., o.c., pp. 83-85; RIDEAU, J., o.c., pp. 440-449.

<sup>111</sup> Artikel 11 bepaalt: «L'Italie répudie la guerre comme instrument d'atteinte à la liberté des autres peuples et comme moyen de solution des conflits internationaux; elle consent, dans des conditions de parité avec les autres Etats, aux limitations de souveraineté nécessaires à un ordre assurant la paix et la justice entre les nations: elle aide et favorise les organisations internationales ayant ce but.»

<sup>112</sup> Wanneer het verdrag van die aard is dat het verordeningen wijzigt, komt het Parlement niet tussenbeide in het opnemingsproces.

<sup>113</sup> Constitutioneel Hof, 22 december 1980, nr. 188 (*Giurisprudenza Costituzionale*, 1980, I, 1612) en 14 april 1986, nr. 91 (*ibid.*, 1986, I, 518).

<sup>114</sup> Cass., pen., 9 juli 1982, *Giust.pen.*, 1983, III, 461; 9 juli 1982, *Signorelli*, Cass., 1984, 1463; 3 dec. 1982, *Strepolatini*, Cass. pen., 1984, 1464; 27 okt. 1984, *Venditti*, *Giust.pen.*, 1985, III, 601; 13 juli 1985, *Buda*, *Giur.it.*, 1986, II, 72.

<sup>115</sup> Zie wat namelijk de rang betreft van het E.V.R.M.: NOCERINO GRISOTTI, A., «Valore ed efficacia delle CEDU nell'ordinamento italiano», in *Biscottini*, G. (red.), *La CEDU nell'applicazione giurisprudenziale in Italia*, 1981, pp. 123 e.v., inz. p. 129; BONETTO, G., «Il riconoscimento dei diritti dell'uomo nella giurisprudenza italiana», in *Atti dei convegni tenuti dall'Unione dei giuristi cattolici di Genova. I diritti umani*, 1983, pp. 37 e.v., inz. p. 41; CHIAVARIO, M., *La CEDU*, 1969, pp. 36 e.v., inz. p. 51; PALAZZO, F. en BENARDI, A., *La CEDU e la politica criminale italiana: intersezioni e lontananze*, *RIDU*, I, 1988, pp. 30 e.v., inz. pp. 33 e.v. Zie ook MORI, P., «CEDU, Patto delle Nazioni unite e costituzione italiana», *Rivista di diritto internazionale*, 66, 1983, 306, inz. 319 e.v.

leen voorrang op de vroegere wetten en niet op de Grondwet of op de latere wetten <sup>116</sup>.

Het Grondwettelijk Hof toetst de internationale verdragen aan de Grondwet via de grondwettelijke toetsing van de wetten <sup>117</sup>.

Met betrekking tot de gemeenschapsverdragen neemt het Grondwettelijk Hof thans aan dat zij voorrang hebben boven de gewone wetten en voorrang kunnen hebben boven sommige grondwettelijke normen inzake organisatie (bijvoorbeeld die inzake de totstandkoming van de wetten), maar niet boven de fundamentele beginselen van de Italiaanse grondwettelijke orde, noch boven de door die orde gewaarborgde onaantastbare rechten van de menselijke persoon. 's Hofs rechtspraak, die in bepaalde opzichten wat aarzelend is, is geleidelijk geëvolueerd van zijn arrest Costa/Enel van 24 februari - 7 maart 1964 <sup>118</sup> (waarvan het standpunt enige maanden later door het arrest Costa/Enel van 15 juli 1964 van het Hof van Justitie werd veroordeeld) <sup>119</sup>, over de arresten San Michele van 16-27 december 1965, waarin een louter dualistische opvatting van de verhouding tussen de rechtsorde van de Gemeenschap en de Italiaanse rechtsorde wordt bevestigd <sup>120</sup>, Frontini - Pozzani van 18-27 december

<sup>116</sup> Grondwettelijk Hof, 6 maart 1987, nr. 153, *Foro it.*, 1987, I, 1965.

<sup>117</sup> Het arrest nr. 132 van 1985 heeft de wetgevende uitvoeringsnormen van het verdrag van Warschau van 12 oktober 1922 tot beperking van de aansprakelijkheid van de luchttransporteur voor de toegebrachte schade ongrondwettelijk verklaard. Het Constitutionele Hof beroept zich op art. 2 van de Italiaanse Grondwet in zoverre het verwijst naar de «onschendbare rechten» van de mens en oordeelt dat de gecensureerde norm niet meer gerechtvaardigd was door de redenen die aanvankelijk ten grondslag lagen aan de aanneming van het Verdrag van Warschau. Dit is van kracht geworden bij het begin van het transport per luchtweg, dat was blootgesteld aan risico's die het nemen van beschermingsmaatregelen noodzakelijk maakten voor zijn goede exploitatie en ontwikkeling. Heden, releveert het Hof, «la limitation de la responsabilité des transporteurs, qui n'est plus justifiée par la gravité du risque encouru, n'est compensée par aucune mesure de sauvegarde des victimes. C'est pourquoi, la loi attaquée est inconstitutionnelle dans la mesure où elle diminue la garantie absolue de l'article 2 de la Constitution. En effet, face à des lésions physiques, et même à la perte de la vie humaine, elle exclut la réparation intégrale du dommage» (zie ZAGREBELSKY, G., «La jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne en 1985, Présentation générale», *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1985, 551-562, inz. 554-555).

<sup>118</sup> Toen het zich moest uitspreken over de verenigbaarheid met de Grondwet van een wet die het EEG-Verdrag schond, beschouwde het Constitutioneel Hof, in zijn arrest nr. 14 Costa/Enel van 24 februari - 7 maart 1964, dat art. 11 van de Italiaanse Grondwet slechts een machtiging verleende en besliste, volgens de logica van zijn traditionele dualistische opvattingen dat de betrekkingen tussen, enerzijds, de het verdrag goedkeurende wet en het verdrag en, anderzijds, de latere wet geregeld werden door de regel «Lex posterior legi priori derogat» daar de internationale rechtsorde totaal gescheiden was van de nationale rechtsorde en art. 11 van de Grondwet aan de wet houdende goedkeuring van het verdrag geen hogere rang toekeende dan aan de gewone wetten (*Giurisprudenza costituzionale*, 1964, 129, *Foro it.*, 1964, I, 466; LOUIS, J.V., o.c., nr. 119, p. 139; RIDEAU, J., o.c., pp. 440-441).

<sup>119</sup> Zaak 6/64 Huy, *Jur.H.v.Just.*, 1984, 1141.

<sup>120</sup> Het arrest nr. 98, San Michele, van 16-27 december 1965 oordeelt dat gezien de scheiding van de communautaire en van de Italiaanse rechtsorden, de rechtbanken niet bevoegd zijn om na te gaan

1973, waarin de autonomie van de communautaire rechtsorde en van de Italiaanse rechtsorde nogmaals wordt bevestigd <sup>121-122</sup>, Societa Comavicola van 26 oktober 1981, waarin 's Hofs standpunt na het arrest Simmenthal van 9 maart 1978 van het Hof van Justitie wordt bepaald <sup>123</sup>, naar een ruimere

of de bepalingen van de communautaire verordeningen in overeenstemming zijn met de Italiaanse Grondwet, terwijl het wijst op het bestaan van een harde grondwettelijke kern omvattende o.m. de onvervreembare bescherming van de rechten van de mens en onderstreept dat de goedkeuring van een verdrag dat daarvan zou afwijken ongrondwettig zou moeten worden verklaard (*Giurisprudenza costituzionale*, 1965, 1322; *Giurisprudenza italiana*, 1966, I, 193; LOUIS, J.V., o.c., nr. 119, pp. 139-140; RIDEAU, J., o.c., p. 441).

<sup>121</sup> In het arrest 183/73, Frontini a Pozzani, van 18-27 dec. 1973, preciseert het Constitutionele Hof, ondervraagd over de grondwettigheid van de wet houdende goedkeuring van het EEG-Verdrag, nochtans «que les deux systèmes doivent être coordonnés selon la répartition des compétences établie et garantie par le traité». «Il découle de la logique du système communautaire» verklaart het arrest, «que les règlements (...) ne doivent pas en tant que source immédiate de droits et d'obligations tant pour les Etats que pour les citoyens, considérés en leur qualité de sujets de la communauté, faire l'objet de mesures étatiques visant à les reproduire, compléter ou exécuter susceptibles d'en modifier ou d'en conditionner de manière quelconque l'entrée en vigueur et moins encore de s'y substituer ou de les abroger même partiellement.»

De communautaire rechterlijke garanties voldoende achtend beschouwt het arrest een prejudiciële vraag tot appreciatie van de overeenstemming van communautaire verordeningen met de Grondwet als onmogelijk. Nochtans, gezien de soevereiniteitsbeperkingen waarmee Italië heeft ingestemd, «ne peuvent de quelque manière, comporter, pour les institutions de la CEE, un pouvoir inadmissible de violer les principes fondamentaux de l'ordre juridique constitutionnel ou les droits inaliénables de la personne humaine» verleent het arrest aan het Constitutioneel Hof de mogelijkheid om op te treden ingeval verkeerd zou worden geïnterpreteerd, derwijze dat het strijdig zou zijn met de fundamentele rechten van de Italiaanse grondwettelijke orde (*Rivista di diritto internazionale*, 1974, 130; *Rev. trim.dr.eur.*, 1974, 148, en noot S. NERI, «Rapports entre le droit communautaire et le droit interne selon la Cour constitutionnelle»; *Cahiers de droit européen*, 1975, 115, en noot van P. DE CATERINI, «La Cour constitutionnelle italienne et le droit communautaire»; *J.T.*, 409, en noot van J.V. LOUIS, «L'ordre juridique communautaire et la Cour constitutionnelle italienne»; DARMON, M., o.c., p. 223; LOUIS, J.V., o.c., nr. 119, p. 140; RIDEAU, J., o.c., pp. 441-442).

<sup>122</sup> Zie ook de arresten nrs. 232 van 30 oktober 1975 (*Giurisprudenza costituzionale*, 1975, 2211), 163 van 29 december 1977 (*ibid.*, 1977, 1524), 205 van 28 juli 1976 (*ibid.*, 1976, 1292); DARMON, M., o.c., pp. 223-224.

<sup>123</sup> Het H.v.J. had op 9 maart 1978 het arrest Simmenthal gegeven (zaak 106/77, *Jur.*, *H.v.J.*, 1978, 629), herhalend, na het arrest Costa/Enel van 15 juli 1964 (zaak 6/64, *Jur.*, *H.v.J.*, 1964, 1141), dat de bepalingen en akten van het gemeenschapsrecht «font partie intégrante, avec rang de priorité, de l'ordre juridique applicable sur le territoire de chacun des Etats membres».

Men kon zich afvragen wat, na dit arrest, het standpunt van het Italiaanse Constitutionele Hof zou zijn.

Zijn arrest nr. 176, Societa Comavicola, van 26 oktober 1981 moest zich uitspreken over de vraag of nationale normen die juist werden opgeheven omdat ze strijdig waren met het gemeenschapsrecht, dienden te worden beschouwd als niet bestaande geworden, niet alleen voor de periode volgend op hun opheffing maar ook voor de vorige periode. Het arrest antwoordde daarop bevestigend en wees erop dat de gewone rechtbanken dienden uit te maken of zulke

aanvaarding van de voorrang van het gemeenschapsrecht, zoals blijkt uit het arrest Granital van 8 juni 1984, dat stelt dat de rechtscolleges ambtshalve en zonder verwijzing naar het Grondwettelijk Hof de vroegere of latere nationale wetten moeten afwijzen die strijdig zijn met het rechtstreeks toepasselijke gemeenschapsrecht<sup>124,125</sup>.

In zijn arrest Fraga van 13-21 april 1989 heeft het Grondwettelijk Hof evenwel een standpunt ingenomen dat enigszins terug lijkt te komen op de rechtsleer uit de arresten Frontini en Granital<sup>126</sup>. Het Grondwettelijk Hof neemt wel-

normen al dan niet bestonden (*Giurisprudenza costituzionale*, 1981, 1543; RIDEAU, J., o.c., p. 442).

<sup>124</sup> Naar het voorbeeld van het arrest Simmenthal van het H.v.J. van 9 maart 1978, verklaart het arrest nr. 170, Granital, van 8 juni 1984 namelijk: «Le règlement communautaire, qu'il suive ou qu'il précède dans le temps les lois ordinaires qui sont incompatibles avec lui, doit toujours être appliqué, et le juge national chargé de son application peut recourir à l'aide que lui offre l'instrument de la question préjudicielle en interprétation prévue à l'article 177 du traité. C'est ainsi seulement qu'il est satisfait à l'exigence fondamentale de la sécurité juridique constamment rappelés dans la jurisprudence de notre Cour, qui impose l'égalité et l'uniformité des critères d'application du règlement communautaire sur tout le territoire de la Communauté européenne.»

Het arrest maakt nochtans een dubbel voorbehoud. Enerzijds, zoals het had verklaard in zijn arrest van 18-27 dec. 1973, wilde het Hof de mogelijkheid behouden zijn controle uit te oefenen in de «onvoorstelbare» hypothese dat het H.v.J. een bepaling van het Gemeenschapsrecht zou interpreteren op een wijze die strijdig zou zijn met de grondbeginselen van het Italiaans rechtstelsel en met de fundamentele rechten. Anderzijds, in de veronderstelling van een open conflict tussen een Italiaanse wet en het gemeenschapsrecht, zou het Hof moeten nagaan of nationaalrechtelijke bepalingen tot doel hebben de voortdurende naleving van het verdrag te beletten of te verstoren in alles wat zijn regeling en zijn fundamentele beginselen aangaat (*Giurisprudenza costituzionale*, 1984, 1098; *Foro it.*, 1984, I, 2063, noot A. TIZZANO; *Revue trimestrielle de droit européen*, 1965, 414; *Cahiers de droit européen*, 1986, 185, met noot J.V. LOUIS; BARAV, A., «Cour constitutionnelle italienne et droit communautaire: le fantôme de Simmenthal, *Revue trimestrielle de droit européen*, 1985, 313; DANIEL, L., «Après l'arrêt Granital: droit communautaire et droit national dans la jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle italienne», *Cahiers de droit européen*, 1992, 3-21; DARMON, M., o.c., pp. 224-226; LOUIS, J.V., o.c., pp. 442-444).

<sup>125</sup> Zie ook de arresten nrs. 113 van 8 mei 1985 (*Giurisprudenza costituzionale*, 1985, 694) en 286 van 23 dec. 1986 (*ibid.*, 1986, 2309).

<sup>126</sup> Het Hof diende zich uit te spreken over de vraag of de rechtspraak van het Hof van Justitie volgens welke dit Hof zich bevoegd verklaart om de ongeldigverklaring van de regeling in de tijd te beperken na een prejudiciële vraag, verenigbaar was met artikel 24 van de Grondwet dat het recht op rechterlijke bescherming waarborgt. Het arrest nr. 232 Fraga van 13-21 april 1989, volgens hetwelk het Constitutionele Hof oordeelt dat het systeem van rechterlijke bescherming van de rechten en belangen van de particulieren in de communautaire juridische orde «ruim en doeltreffend» is, zegt verder dat «cela ne signifie pas que cette cour puisse être privée de sa compétence pour vérifier par le contrôle de constitutionnalité de la loi d'exécution si une quelconque disposition du traité, telle qu'elle est interprétée et appliquée par les institutions et organes communautaires, n'est pas contraire aux principes fondamentaux de notre ordre constitutionnel ou ne porte pas atteinte aux droits inaliénables de la personne humaine; (...) qu'en définitive ce qui est entièrement improbable n'en reste pas moins possible (...); qu'au moins d'un point de vue théorique et général, on ne saurait affirmer avec certitude que tous les principes fondamentaux de notre ordre

iswaar aan dat het gemeenschapsstelsel van de jurisdictionele bescherming van de fundamentele rechten voldoening schenkt, maar behoudt zich toch het recht voor om, in voorkomend geval, na te gaan of een bepaling van gemeenschapsrecht strijdig is met de grondbeginselen van de Italiaanse grondwettelijke orde en de onaantastbare rechten van de menselijke persoon aantast.

34. In sommige Staten bestaat er, zoals in Duitsland en Italië, een toetsing a posteriori van de intrinsieke grondwettigheid van de verdragen, hoewel de verdragen daar, in tegenstelling tot de Duitse en de Italiaanse oplossing, voorrang hebben of kunnen hebben boven de vroegere of latere wetten.

Dat is onder meer het geval in:

– Oostenrijk<sup>127</sup>, waar de in het intern recht opgenomen verdragen<sup>128</sup> ofwel het statuut van een grondwettelijke wet<sup>129</sup> hebben, ofwel het statuut van een gewone wet, of het

constitutionnel se retrouvent parmi les principes communs aux ordres juridiques des Etats membres et sont donc compris dans l'ordre juridique communautaire. L'arrêt rejette la question d'inconstitutionnalité pour défaut de pertinence non sans exprimer des «doutes sérieux» quant à la comptabilité de la jurisprudence critiquée avec le contenu essentiel du droit à la protection juridictionnelle (*Rivista di diritto internazionale*, 1989, 103; LOUIS, J.V., o.c., pp. 140-141; RIDEAU, J., o.c., p. 444); zie ook het arrest van het Constitutioneel Hof nr. 389 van 4 juli 1989, *Rivista di diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1989, 395).

<sup>127</sup> NOWAK, M., «The Implementation of the ECHR in Austria», in *The Implementation in National Law of the ECHR, Proceedings of the Fourth Copenhagen Conference on Human Rights*, 1989, pp. 32 e.v.; POLAKIEWICZ, J., o.c., pp. 2-3; POLAKIEWICZ, J. en JACOB-FOLTZER, V., o.c., pp. 67-70; WILDHABER, L., o.c., pp. 218-221 en 358.

<sup>128</sup> Oostenrijk heeft het stelsel «transformation générale» aangenomen in die zin dat alle verdragen vanaf hun afkondiging, in beginsel, deel uitmaken van het nationaal recht. Maar de nationale toepasselijkheid van een verdrag kan, in bepaalde gevallen, afhankelijk gesteld worden van de afkondiging van nationaal toepasselijke bepalingen. Als het gaat om een verdrag dat door het Parlement moet worden goedgekeurd, beslist de «Assemblée nationale» bij een resolutie; als het niet om zulk een verdrag gaat, wordt dit punt bepaald bij een verklaring van de staatsoverheid die bevoegd is om het verdrag te sluiten. Wanneer het verdrag door het Parlement moet worden goedgekeurd mag de «Assemblée Nationale» beslissen dat het van kracht wordt bij de afkondiging van een wet. Wanneer het verdrag zulk een goedkeuring niet vereist, mag de staatsoverheid die bevoegd is om het verdrag te sluiten, beslissen dat het bij ordonnantie zal worden afgekondigd.

<sup>129</sup> Het E.V.R.M. werd aldus, bij het amendement van 4 maart 1964 aan de Federale Grondwet, retroactief verheven tot de rang van constitutionele wet. De door het Verdrag gewaarborgde rechten, die dezelfde rang hebben als de door de Oostenrijkse verklaring erkende rechten, staan open voor alle gerechtelijke en administratieve rechtsmiddelen tot bescherming ervan, evenals voor individuele beroepen voor het Constitutionele Hof tegen de administratieve handelingen (Grondwet, art. 144).

Het Constitutionele Hof is niet bevoegd om de ongrondwettige of onwettige verdragen nietig te verklaren: het doet dit alleen voor de verdragen die aan de regulariteitscontrole zijn onderworpen («La Cour constitutionnelle d'Autriche», Rapport à la VIIIe Conférence des cours constitutionnelles européennes, Lissabon, 1987; *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1987, 59-84, inz. 73). Wanneer het de ongrondwettigheid vaststelt van een verdrag met wettelijke rang, moet het, in zijn beslissing, verklaren dat het verdrag of zijn ongrondwettig gedeelte niet mogen worden toege-



statuut van een ordonnantie, en waar alleen het Grondwettelijk Hof, ingevolge de artikelen 50 en 140 (a) van de Grondwet, bevoegd is om hun grondwettigheid en wettelijkheid te toetsen, zonder dat het evenwel een verdrag dat, naar zijn oordeel, ongrondwettig of onwettig is, kan vernietigen;

– Spanje<sup>130</sup>, waar de verdragen die tot de interne rechtsorde behoren<sup>131</sup> voorrang hebben op de wet maar op hun beurt de Grondwet moeten laten voorgaan<sup>132</sup> en waar de Grondwettelijke Rechtbank bevoegd is om a priori en a posteriori<sup>133-134</sup> de grondwettigheid van de verdragen te toet-

past door de voor hun toepassing bevoegde organen. Aldus wordt de geldigheid van het verdrag op internationaal niveau niet aangetaast. Het arrest heeft een gevolg *ex nunc*. Bovendien kan het Hof beslissen dat het verdrag verder wordt toegepast gedurende een termijn die geen twee jaar overschrijdt, wanneer het gaat om een aan de wettelijke goedkeuring onderworpen verdrag, en één jaar, wanneer het gaat om een ander verdrag (WILDHABER, L., *o.c.*, p. 358).

<sup>130</sup> BON, P., «La Tribunal constitutionnel, étude d'ensemble», in BON, P., MODERNE, F. en RODRIGUEZ, Y., *La justice constitutionnelle en Espagne*, Parijs - Aix-en-Provence, 1984, pp. 17-159, inz. 76-77 en 98-99; POLAKIEWICZ, J., *o.c.*, pp. 15-16; POLAKIEWICZ, J. en JACOB-FOLTZER, V., *o.c.*, pp. 132-136; RIDEAU, J., *o.c.*, pp. 432-435; RODRIGUEZ, J., «Le Tribunal constitutionnel espagnol et les traités internationaux», in BON, P., MODERNE, F., en RODRIGUEZ, Y., *La justice constitutionnelle en Espagne*, Parijs - Aix-en-Provence, 1984, pp. 251-270.

<sup>131</sup> De Grondwet van 27 december 1978 bepaalt in haar artikel 96, eerste lid: «Les traités internationaux régulièrement conclus, dès qu'ils ont été publiés officiellement en Espagne, font partie de l'ordre juridique interne» en «Leurs dispositions ne pourront être abrogées, modifiées ou suspendues que sous la forme prévue dans les traités eux-mêmes ou conformément aux normes générales du droit international.»

De regelmatig gesloten verdragen maken dus deel uit van het nationaal recht alleen al door het feit dat ze officieel zijn bekendgemaakt, zonder dat het internationaal recht wordt opgenomen in het nationaal recht.

<sup>132</sup> Opperste Gerechtshof, 30 september 1982, *Aranzadi*, 1982, nr. 4917, 16 december 1985, *Aranzadi*, nr. 6273, 22 mei 1989, 586, *Revista Espanolas de Derecho Internacional*.

<sup>133</sup> Hoewel toetsing door een constitutionele rechtbank, in beginsel, a posteriori geschiedt, schrijft de Grondwet nochtans, zoals reeds is gezegd, voor dat de internationale verdragen a priori worden getoetst. Aangezien het mogelijk is dat het sluiten van een verdrag vereist dat de Grondwet eerst wordt herzien, mogen de regering van de natie of één van de kamers waaruit de *Cortes* bestaan, krachtens artikel 95 van de Grondwet, aan de constitutionele rechtbank vragen dat zij zegt of er al dan niet een tegenstrijdigheid bestaat tussen de Grondwet en een bepaald verdrag. De verklaring van de constitutionele rechtbank is bindend voor alle machten van de Staat. Ze sluit nochtans de mogelijkheid van een controle a posteriori niet uit bij wege van een beroep tot ongrondwettigheidsverklaring.

<sup>134</sup> De Grondwet kent aan de constitutionele rechtbank geen bevoegdheid toe om kennis te nemen van beroepen a posteriori tot ongrondwettigheidsverklaring van in werking getreden verdragen. In haar artikel 161, 1a, verklaart de Grondwet de Constitutionele Rechtbank namelijk bevoegd om kennis te nemen van de beroepen tot ongrondwettigheidsverklaring van wetten en normgevende bepalingen met wetskracht.

Aanvankelijk, in de eerste voorbereidende teksten bepaalde dit artikel uitdrukkelijk dat de internationale verdragen vatbaar waren voor beroep tot ongrondwettigheidsverklaring. Artikel 151, 1a, van het voorontwerp van Grondwet, welke bepaling artikel 161, 1a, van

sen, waarbij een gedeelte van de rechtsleer evenwel betwist dat de intrinsieke grondwettigheid van een verdrag a posteriori kan worden getoetst<sup>135</sup>;

de Grondwet zou worden, verklaarde dat de Constitutionele Rechtbank een abstracte controle zou mogen uitoefenen wat betreft de normen «die strijdig zijn met de wetten en met de wettelijke normen van de Staat en van de Autonome Gemeenschappen of met de internationale verdragen». De termen «strijdig met de internationale verdragen» werden nadien geschrapt zonder dat men met zekerheid kon uitmaken of, in de geest van de grondwetgever, deze schrapping geïnterpreteerd diende te worden in die zin dat de verdragen uitgesloten waren van de grondwettigheidscontrole a posteriori van de wetten en normen met kracht van wet dan wel of zij integendeel inhield dat de «internationale verdragen begrepen waren in de uitdrukking «normatieve bepalingen met kracht van wet».

De organieke wet op de constitutionele rechtbank preciseert in haar artikel 27.2 dat de internationale verdragen één van de 6 categorieën normen uitmaken waarvan de grondwettigheid door de Constitutionele Rechtbank mag worden getoetst. De grondwettigheid van deze wetsbepaling, in zoverre zij internationale verdragen beoogt, werd in twijfel getrokken, gezien de regels van artikel 96 van de Grondwet, dat bepaalt: «Les traités internationaux valablement conclus, une fois officiellement publiés en Espagne, feront partie intégrante de l'ordre juridique interne» en «Les dispositions ne pourront être abrogées, modifiées ou suspendues que dans la forme prévue par les traités eux-mêmes ou conformément aux règles générales du droit international» (zie BON, P., *o.c.*, p. 77).

De auteurs hebben het onsamenhangend karakter van het systeem onderstreept (zie REMIRO BROTONS, A., «Controles preventivos y reparadores de la constitucionalidad intrínseca de los tratados internacionales», *Revista de derecho político*, nr. 16, winter, 1982-83, 113 e.v., inz. 138, en RODRIGUEZ, Y., *o.c.*, p. 268).

<sup>135</sup> Rodriguez onderstreept namelijk het feit dat hoe dan ook het bestaan van een grondwettigheidscontrole a posteriori Spanje ertoe kan brengen zich te onttrekken aan de uitvoering van zijn internationale verbintenissen «Or, ne violerait-elle pas par là même», schrijft hij, «les principes fondamentaux de la conclusion des traités contenus dans les articles 27 et 46 de la Convention de Vienne du 19 mai 1969 sur le droit des traités à laquelle l'Espagne a adhéré le 2 mai 1972. De fait, l'article 46 tolère bien la non-exécution d'un traité par un Etat si la violation manifeste d'une règle d'importance fondamentale concernant la compétence pour conclure des traités a vicié son consentement. Mais l'article 27 empêche l'Espagne d'invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité. Ainsi, pour prétendre qu'un traité est nul, seule est donc invocable la violation de règles constitutionnelles formelles relatives à la compétence pour conclure des traités et à sa procédure d'exercice et non la violation de règles de fond, sans quoi dans ce dernier cas, la dénonciation d'un traité ne serait qu'une voie de fait susceptible d'engager la responsabilité internationale de l'Espagne. A moins que cette dénonciation ne se produise en vertu d'une disposition conventionnelle préexistante; mais alors elle devra se faire selon ses règles. Si l'on s'en tient au droit qui s'impose à l'Espagne, on peut en déduire que le contrôle de constitutionnalité des traités en vigueur ne sera qu'un contrôle extrinsèque. Ce qui réduit considérablement le rôle et la portée des contrôles de constitutionnalité des traités en vigueur. Apparaît mieux ainsi, ce que pourrait être dans sa réalité la structure du contrôle a posteriori de constitutionnalité des traités internationaux. Nous n'irons pas au delà de ce constat qui ne veut ni approuver ni désapprouver l'état de droit auquel il se rapporte. Mais, dans ces conditions, il est permis de s'interroger sur ce qui incitera particulièrement les bénéficiaires du contrôle à l'utiliser» (RODRIGUEZ, Y., *o.c.*, pp. 268-269).

— *Portugal*<sup>136</sup>, waar de rechtspraak en een gedeelte van de rechtsleer aannemen dat de in de interne rechtsorde toepasselijke verdragen<sup>137</sup> voorrang hebben boven de wetten<sup>138</sup>, maar waar het Grondwettelijk Hof de grondwettigheid van de verdragen a priori<sup>139</sup> en a posteriori<sup>140</sup> toetst.

<sup>136</sup> CARDOSO DA COSTA, J.M., «La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux au Portugal», *Revue universelle des droits de l'homme*, 1990, 269-275.

<sup>137</sup> Artikel 8 van de Grondwet bepaalt:

«1. Les règles et les principes de droit international général ou commun font partie intégrante du droit portugais.

2. Les règles qui découlent de conventions internationales régulièrement ratifiées ou approuvées produisent leurs effets sur le plan intérieur après leur publication officielle pour autant qu'elles lient internationalement l'Etat portugais.

3. Les normes approuvées par les organes compétents des organisations internationales dont le Portugal est membre s'appliquent directement dans l'ordre juridique interne pourvu que cet effet ait été (expressément) prévu par leurs traités constitutifs respectifs.» (Le terme «expressément» a été supprimé par la loi constitutionnelle n° 1/80 du 8 juillet 1989).

Indien al uit de §§ 1 en 2 van dit artikel blijkt dat de bepalingen voortvloeiend uit de regelmatig goedgekeurde internationale verdragen in nationaal recht van toepassing zijn zodra zij officieel zijn bekendgemaakt, voor zover deze verdragen de Staat op het internationaal vlak binden, preciseert artikel 8 niet welke rang deze bepalingen in de nationale rechtsorde innemen. Het supralegaal statuut van de verdragen werd afgeleid hetzij uit artikel 8, § 2, hetzij uit artikel 277.

<sup>138</sup> Wat het Grondwettelijk Hof betreft: Grondwettelijk Hof, *Acordaos*, nr. 67/85, *D.R.*, 1985, II, 5495 (5500); arrest nr. 24/85, *D.R.*, 1985, II, 4698 (4703).

De eerste afdeling van het Hof heeft overwogen dat de schending van een verdrag door een wet valt onder de toetsing van de grondwettigheid van de wetten (arrest nr. 27/84 van 21 maart 1984); de tweede afdeling heeft integendeel overwogen dat de toetsing van de verenigbaarheid van een wet met een verdrag enkel tot de bevoegdheid van gewone rechtbanken behoorde (arrest nr. 47/84 van 23 mei 1984).

In zijn arrest van 15 februari 1989 heeft de eerste afdeling van het Hof echter gesteld dat een schending van het Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden een geval van ongrondwettigheid kan uitmaken. Het Hof verklaarde dat zodanige miskenning en schending inhield zowel van het beginsel van de hiërarchische superioriteit van het bij verdrag bepaald internationaal recht (art. 8, tweede lid, van de Grondwet), als van het beginsel «*Pacta sunt servanda*» dat in het internationaal gewoonterecht is vastgesteld en door artikel 8, eerste lid, van de Grondwet erkend (*Acordaos*, nr. 219/89, *Diario da Republica*, 1989, II, 6476).

Wat het Opperste Gerechtshof betreft: arresten van 11 januari 1977 (*Boletem do Ministerio de Justiça*, nr. 263, februari 1977, p. 195) en 27 mei 1986 (*ibid.*, nr. 357, juni 1986, p. 182);

Wat de doctrine betreft, zie inz. in de zin van de suprematie van de verdragen DE AZEVEDO SOARES, A., «Relações entre o Direito Internacional et o direito interno», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J.J. Teixeira Ribeiro*, 1979, p. 9 e.v., inz. p. 36; GENS DE MOURA RAMOS, R.M., «A CEDH sua posição face ao ordenamento jurídico português», *Documentação e Direito Comparado*, nr. 5, 1981, p. 95 e.v., inz. pp. 148-149; MIRANDA, J., *A Constituição de 1976*, 1978, p. 301 contra: GOMES CANOTILHO, J.J. en VITAL MOREIRA, *Constituição da Republica Portuguesa Anotada*, I, 2e druk, 1984, art. 8, noot IV.

35. In tegenstelling tot de dualistische doctrine steunt de monistische theorie op de eenheid van het geheel van de rechtsnormen, waarvan de onderlinge verhouding in een strakke hiërarchie is vastgelegd.

Er is een monisme dat gegrond is op de voorrang van het intern recht en dat in ruime mate de inspiratiebron van de Russische en van enkele Duitse juristen is geweest; aan dat monisme zijn een aantal ernstige bezwaren verbonden. De meeste auteurs die zich op een unitaire opvatting van het recht beroepen, geven dan ook de voorkeur aan het monisme waarbij het internationaal recht voorrang heeft. In die constructie van de rechtsleer, die door de Oostenrijkse normatieve school<sup>141</sup> en door een groot deel van de Franse of Franstalige rechtsleer<sup>142</sup> is ontwikkeld, zijn de interne rechtsorde en de internationale rechtsorde twee afzonderlijke doch niet autonome entiteiten van een zelfde algemene rechtsorde waarin de internationale rechtsorde hiërarchisch de voorrang heeft. Die opvatting impliceert dat de Staten erover moeten waken dat een interne rechtsnorm, wanneer die onverenigbaar blijkt met een internationale verdragsnorm die overeenstemt met de verbintenissen die de Staten hebben aangegaan, aan laatstgenoemde niet geldig kan worden tegengeworpen. De toetsing van de interne rechtsnormen aan de verdragen mag dan zinvol zijn, de toetsing van de intrinsieke grondwettigheid van de verdragen is daarentegen volslagen zinloos.

Zoals blijkt geen enkele Staat volledig het dualistische model verwezenlijkt, zo is er waarschijnlijk ook geen enkele

<sup>139</sup> Art. 278, § 1, Gw.; zie *supra*, nr. 25. Volgens artikel 277, § 2, van de Grondwet, staat de inhoudelijke of de formele ongrondwettigheid van regelmatig bekrachtigde internationale verdragen de toepassing van de bepalingen ervan in de Portugese rechtsorde niet in de weg zo deze bepalingen ook toegepast worden in de rechtsorde van de tegenpartij, behoudens de gevallen waarin de ongrondwettigheid uit een schending van een grondbeginsel voortvloeit.

<sup>140</sup> De Grondwet voorziet niet in abstracte toetsing a posteriori van de grondwettigheid van de verdragen (wat de mogelijkheid tot een abstracte toetsing betreft sinds een nieuw lid is ingevoegd in artikel 70, nr. 1, van de organieke wet, gewijzigd op 7 september 1989, in samenhang met het nieuw artikel 281.3 van de Grondwet — artikel 281.3 van de vorige tekst van de grondwetsherziening van 1989 — zie MIRANDA, J., «Chronique», *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1989, 615-635, inz. 621-622).

Krachtens de wet nr. 65/89 van 7 september 1989 tot wijziging van de wet nr. 28/82 van 15 november 1982 daarentegen kan voor het Grondwettelijk Hof beroep worden ingesteld tegen beslissingen van de rechtbanken die op grond van een onverenigbaarheid van een norm van een wetgevende akte met een internationaal verdrag die norm weigeren toe te passen of die wel toepassen, in strijd met vroegere beslissingen desaanvaande van de Grondwettelijke Rechtbank (art. 70, nr. 1, lid i, aangevuld door de nieuwe artikelen 75-A, nr. 4, 79-D, nr. 7, en 80, nr. 5).

Krachtens artikel 207 van de Grondwet mogen de gewone rechtbanken in de hun voorgelegde zaken immers geen regels toepassen die de bepalingen van de Grondwet schenden of de erin gehuldigde beginselen miskennen. Artikel 280 betreffende de concrete toetsing bepaalt dat wanneer de door de rechtbank verworpen regel tot het bij verdrag bepaald internationaal recht behoort, het openbaar ministerie ertoe gehouden is een beroep voor het Grondwettelijk Hof in te stellen.

<sup>141</sup> KUNZ, KELSER, VERDROSS.

<sup>142</sup> DUGUIT, SCELLE, REGLADE, POLITIS, BOURGUIN, P. DE VISCHER, GANSHOF VAN DER MEERSCH, J. SALMON ...

Staat waarvan het rechtsstelsel de integrale toepassing van de monistische leer is. Maar de monistische strekkingen hebben, vooral sedert de vijftiger jaren, in een aantal landen, onder meer in de Benelux-Staten, een aanzienlijke ontwikkeling gekend. In die Staten heeft het verdrag, met rechtstreekse werking in de nationale rechtsorde, in de rangorde van de interne normen voorrang boven de wetten.

In het grondwettelijk stelsel van Nederland komen die strekkingen ongetwijfeld het best tot uiting.

Zoals professor J. Rideau schreef, «la Constitution des Pays-Bas est incontestablement celle qui manifeste le plus d'ouverture aux règles internationales»<sup>143</sup>.

36. In Nederland<sup>144</sup> zijn, met betrekking tot de internationale orde en de communautaire orde, bij de grondwetsherzieningen van 1953 en 1956 een geheel van systematische bepalingen uitgevaardigd, waarbij op grond van een monistische opvatting van de verhouding tussen het internationaal recht en het intern recht, de voorrang van de internationale verdragen met rechtstreekse werking in de interne rechtsorde boven alle interne rechtsnormen, met inbegrip van de Grondwet, is vastgelegd. De grondwetsherziening van 1983 heeft alleen enkele wijzigingen aangebracht in die bepalingen en ze ingevoegd in anders genummerde artikelen, maar heeft die voorrang niet ter discussie gesteld.

De Nederlandse Grondwet, zoals zij in 1983 en 1987 is herzien, regelt in haar artikelen 93 en 94 de verhouding tussen de internationale rechtsorde en de interne rechtsorde. Naar luid van artikel 93 hebben bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties, die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden, verbindende kracht nadat zij zijn bekendgemaakt<sup>145</sup>. Artikel 94 bepaalt dat «binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften geen toepassing vinden, indien deze toepassing niet ver-

enigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties». De uitdrukking «ieder verbindende bepalingen» wordt doorgaans begrepen als «rechtstreeks toepasselijk» of als «met rechtstreekse werking in de interne rechtsorde». Die voorrang genieten dus alleen die bepalingen van een verdrag die rechtstreekse werking hebben in de interne rechtsorde.

Die voorrang geldt zowel ten aanzien van de grondwettelijke normen als ten aanzien van de wettelijke normen, ongeacht of het normen betreft die vóór of na het verdrag zijn uitgevaardigd.

Bij de goedkeuring van een verdrag<sup>146</sup> beoordelen de Kamers of het al dan niet afwijkt van de Grondwet ofwel al dan niet tot zodanig afwijken noodzaakt. Ingevolge artikel 91, § 3, van de Grondwet kunnen de Kamers, indien een verdrag bepalingen bevat welke afwijken van de Grondwet dan wel tot zodanig afwijken noodzaken, de goedkeuring alleen verlenen met ten minste twee derde van het aantal uitgebrachte stemmen<sup>147</sup>. Die versterkte meerderheid stemt weliswaar overeen met de meerderheid vereist voor de grondwetsherziening, maar dat artikel maakt het toch mogelijk om verdragen te sluiten die onverenigbaar zijn met de Grondwet.

Wanneer de Kamers het verdrag hebben goedgekeurd en het, na publikatie, bindende kracht heeft verkregen in de interne rechtsorde, kan en moet de rechter de toepassing weigeren van grondwettelijke en wettelijke normen die, naar zijn oordeel, onverenigbaar zijn met de normen van het verdrag met rechtstreekse werking in de interne orde. Artikel 120 van de Grondwet verbiedt hem echter in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen te treden<sup>148</sup>.

Een voorbeeld van een conflict Verdrag/Grondwet is te vinden in een arrest van de Hoge Raad van 19 juni 1962 in een in Nederland veelbesproken zaak: de zogenaamde zaak van de processie van Geertruidenberg<sup>149</sup>.

<sup>143</sup> RIDEAU, J., o.c., p. 450.

<sup>144</sup> ERADES, L., «International Law and Netherlands Legal Order», in H.F. van PANTINGS, e.a. (red.), *International Law in the Netherlands*, III, 1980, pp. 375 e.v.; ERADES, L., en GOULD, W.L., *The Relations between International Law and Municipal Law in the Netherlands and in the United States*, 1961; HERINGA, A.W., en ZWART, T., *De Nederlandse Grondwet*, 3e druk, Zwolle, 1991, p. 200-208; KOOPMANS, T., *Compendium van het Staatsrecht*, Kluwer, Deventer, 1987, pp. 62-66 en 259-261; KORTMANN, C.A.J.M., *De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987*, Kluwer-Deventer, 1987, pp. 272-279 en 333-335; POLAKIEWICZ, J., o.c., pp. 12-14; POLAKIEWICZ, J. en JACOB-FOLTZER, V., o.c., pp. 128-130; RIDEAU, J., o.c., p. 450; SONDAAL, H.M.A., *De Nederlandse verdragspraktijk*, Den Haag, 1986; VAN PANHUYS, H.F., «The Netherlands Constitution and International Law», *American Journal of International Law*, 1953, 537 e.v. en 1964, 88; VAN DER POTDONNER, bewerkt door L. PRAKKE, *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, Zwolle, 12e druk, 1989, pp. 541-545; VAN DYK, P., «Domestic Status of Human Rights Treaties and the Attitude of the Judiciary, The Dutch cases», in M. NOWAK, D., STEURER, H., TRETTER (red.), *Progress in the Spirit of Human Rights, Festschrift für Felix Ermacora*, 1988, pp. 631 e.v.; VAN HAERSOLTE, R.A.V., *Inleiding tot het Nederlands Staatsrecht*, Zwolle, 1988, p. 169; VAN POELGEEST, L., *Toetsing van de wet aan de Grondwet in Nederland*, Zwolle, 1991, pp. 14-19; WILDHABER, L., o.c., pp. 212-214 en 350-351.

<sup>145</sup> Het verdrag wordt in het intern recht opgenomen bij de ondertekening onder voorbehoud van ratificatie, van instemming of van goedkeuring of door de ratificatie, de instemming of de toetreding. De opname heeft plaats op het ogenblik dat het verdrag van kracht wordt voor het Koninkrijk.

<sup>146</sup> Art. 91, eerste lid, Gw. bepaalt: «Het Koninkrijk wordt niet aan verdragen gebonden en deze worden niet opgezegd zonder voorafgaande goedkeuring van de Staten-Generaal. De wet bepaalt de gevallen waarin geen goedkeuring is vereist».

<sup>147</sup> KORTMANN, C.A.J.M. en de GRAAF, T.C., «De procedure tot goedkeuring van verdragen ex artikel 91, derde lid, Grondwet», *N.J.B.*, 1984, 1149-1154.

<sup>148</sup> De Kranenburgcommissie stelde voor de rechter de bevoegdheid toe te kennen de eerbiediging van de grondwettelijke vormvereisten m.b.t. het sluiten van internationale verdragen te onderzoeken, doch de Regering heeft dit voorstel verworpen. Hieruit volgt dat de rechter noch de extrinsieke noch de intrinsieke grondwettigheid van de verdragen kan toetsen. Deze toetsing komt uitsluitend de regering en het Parlement toe. De rechter kan echter onderzoeken of een verdrag regelmatig is volgens het internationaal recht (zie WILDHABER, L., o.c., pp. 350-351, en de verwijzingen aldaar).

<sup>149</sup> Er werd aangevoerd dat art. 9 E.V.R.M. strijdig was met art. 184 van de Nederlandse Grondwet in de toen bestaande versie van de tekst. Art. 9 E.V.R.M. bepaalt dat een ieder recht heeft op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst. Lid 1 preciseert dat «dit recht tevens de vrijheid omvat om van godsdienst of overtuiging te veranderen, alsmede de vrijheid hetzij alleen, hetzij met andere, zowel in het openbaar als in zijn particuliere leven, zijn godsdienst of overtuiging te belijden door de eredienst, door het onderwijzen ervan, door de praktische toepassing ervan en het onderhouden van de geboden en voorschriften». Art. 9, lid 2, omschrijft de voorwaar-

Wanneer de rechter de toepassing van een grondwettelijke norm afwijst, op grond dat hij oordeelt dat die norm onverenigbaar is met de norm van een verdrag met directe werking in de interne rechtsorde, staat het aan de wetgever

den waaronder dat recht aan beperkingen kan worden onderworpen: «De vrijheid van godsdienst of overtuiging te belijden kan aan geen andere beperkingen zijn onderworpen dan die welke bij de wet zijn voorzien, en die in een democratische samenleving nodig zijn in het belang van de openbare veiligheid, voor de bescherming van de openbare orde, gezondheid of zedelijkheid of de bescherming van de rechten en vrijheden van andere.» Het vroegere art. 184 van de Nederlandse Grondwet van 30 november 1948, als gewijzigd in 1956, bepaalde dat «het in het openbaar belijden van alle erediensdiensten is veroorloofd binnen de gebouwen en besloten plaatsen, behoudens de maatregelen die nodig zijn ter vrijwaring van de openbare orde en rust» en dat «het in het openbaar belijden van de eredienst onder hetzelfde voorbehoud veroorloofd blijft buiten de gebouwen en besloten plaatsen overal waar het thans is toegelaten naar de wetten en reglementen». Die grondwetsbepaling stond dus het in het openbaar belijden van de eredienst buiten de gebouwen en besloten plaatsen slechts toe op de plaatsen waar die belijdenis reeds toegelaten was naar de wetten en reglementen die van kracht waren ten tijde van de afkondiging van de Grondwet, namelijk in 1948. Voor de Hoge Raad rees de vraag of art. 184 Gw. al dan niet verenigbaar was met art. 9 E.V.R.M. Een kapelaan, bedienaar van de katholieke godsdienst, was op grond van art. 9 van de Nederlandse wet van 10 september 1853 tot regeling van het toezicht op de kerkgenootschappen vervolgd ter zake van het feit dat hij in juni 1957 te Geertruidenberg in open lucht en buiten de besloten plaatsen had deelgenomen aan een door hem georganiseerde processie die was doorgestaan op andere plaatsen dan die waar de godsdienstuitoefening op grond van de vigerende wetten en reglementen veroorloofd was. Op 8 maart 1961 had het Hof te Arnhem op verwijzing (zie arrest Hoge Raad van 15 mei 1959, *N.J.*, 1959, nr. 560) een arrest gewezen dat de feiten bewezen doch niet strafbaar had verklaard en dat de beklagde dus had vrijgesproken op grond dat art. 184 Gw. in strijd was met art. 9 E.V.R.M. (*Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, IV, 1961, 631; *N.J.*, 1961, nr. 424). Het arrest oordeelt dat de litigieuze processie moest worden beschouwd als een belijdenis in het openbaar van de katholieke godsdienst door de eredienst – in de zin van art. 9 E.V.R.M. –, aangezien onder de termen «in het openbaar (...) belijden» moet worden verstaan de belijdenissen buiten de gebouwen en besloten plaatsen, «want indien men die vrijheid had willen beperken tot het in het openbaar belijden van de godsdienst binnen de gebouwen en besloten plaatsen, dan zou die beperking ongetwijfeld zijn vastgelegd in art. 9».

Volgens het arrest kon een dergelijke processie niet worden beschouwd als een aantasting van de openbare gezondheid of zedelijkheid, noch van de rechten en vrijheden van anderen. Dus moest worden onderzocht of de bepaling van art. 184, tweede lid, Gw., geacht kon worden nodig te zijn voor de openbare orde (onder welke omschrijving dan geacht moet worden te zijn samengevat de in de Engelse tekst voorkomende omschrijvingen «in the interest of public safety», en «for the protection of public order», in de Franse tekst luidende: «à la sécurité publique» en «à la protection de l'ordre public»).

«Overwegende dat», aldus het arrest, «de vraag of de in het tweede lid van art. 184 Gw. neergelegde beperking beschouwd moet worden als een beperking, die in een democratische samenleving nodig is voor de openbare orde, in casu beantwoord zal moeten worden naar de tegenwoordige omstandigheden;

Overwegende dat, dit in aanmerking nemende, het hof van beroep van oordeel is dat de in het tweede lid van art. 184 Gw. neergelegde beperking niet kan geacht worden nodig te zijn voor de

om te beslissen of toepassing dient te worden gemaakt van de procedure bepaald bij artikel 91, § 3, van de Grondwet, of de Grondwet moet worden herzien, dan wel het verdrag moet worden opgezegd. Bij herziening van de Grondwet dient de grondwetgever overigens de bepalingen van de verdragen en de beslissingen van de internationale organisaties met rechtstreekse werking in de interne rechtsorde na te leven.

Inzonderheid met betrekking tot het gemeenschapsrecht rijzen in Nederland geen geschillen over zijn voorrang op alle normen van intern recht, met inbegrip van de Grondwet; die voorrang wordt er afgeleid hetzij uit artikel 94 van de Grondwet<sup>150</sup>, hetzij uit de eigen aard van het gemeenschapsrecht<sup>151</sup>.

37. Een toetsing a posteriori van de verdragen aan de Grondwet, bestaat met name evenmin

– in *Luxemburg*<sup>152</sup>, waar het Opperste Gerechtshof se-

openbare orde; dat toch, nog daargelaten dat niet vaststaat dat deze beperking enkel met het oog op de openbare orde is gegeven en deze juist is beoordeeld, bedoelde bepaling, die openbare godsdiensttoefening buiten de gebouwen en besloten plaatsen slechts veroorlooft daar, waar zij thans naar de wetten en reglementen is toegelaten, geen deugdelijk richtsnoer kan bevatten voor de beoordeling van hetgeen nu (ruim honderd jaar later) voor de openbare orde nodig is, waar deze bepaling het onmogelijk maakt rekening te houden met later ingetreden veranderingen en daaruit voortvloeiende andere eisen van de openbare orde».

Op de voorziening van de procureur-generaal bij het Hof te Arnhem vernietigde de Hoge Raad, in zijn arrest van 19 jan. 1962, het arrest van het Hof te Arnhem in zoverre dit had beslist dat de bewezen verklaarde feiten niet strafbaar waren en de beklagde van de kosten van de rechtsvervolgning had ontslagen.

Volgens de Hoge Raad schond art. 184 Gw. art. 9 E.V.R.M. niet, aangezien «de grondwetgevers» met art. 184 «elke mogelijke aanleiding tot het ontstaan van spanning en onrust als gevolg van openbare godsdiensttoefening op de openbare weg had willen wegemen» en dat «de (in art. 184 vervatte) beperking van de vrijheid om in het openbaar een eredienst te belijden buiten de besloten gebouwen tot doel had mogelijke spanning en onrust die aanleiding zouden kunnen geven tot ongeregelde heden te voorkomen en aldus de openbare orde te vrijwaren». De Hoge Raad vermeed aldus het bestaan van een conflict tussen de Grondwet en het latere verdrag vast te stellen, aangezien naar zijn oordeel de regels van art. 184 Gw. moesten worden beschouwd als een voor de handhaving van de openbare orde noodzakelijke beperking van de godsdienstvrijheid. (*Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, IV, 1961, 641; *N.J.*, 1962, nr. 107, p. 417, en de concl. van procureur-generaal Langemeijer en de noot B.V.A.R.; *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht*, 1962, 317, en de noot van L. ERADES; zie de commentaar van H. GOLSONG in *British Yearbook of International Law*, 1962, 447-440; M.J. van EMDE BOAS, in *European Yearbook*, 1962, 240 e.v.; Y.H.F. VAN PANHUYS, in *American Journal of International Law*, 1964, 104.

<sup>150</sup> Over de vraag of de artt. 93 en 94 Gw. toepasselijk zijn op het gemeenschapsrecht zie o.a. CRUINS, F.C.L.M., *Het Europese perspectief van Nederlandse Staatsrecht*, Zwolle, 1984, pp. 5, 23 e.v.

<sup>151</sup> LOUIS, J.V., o.c., pp. 138 en 149. Zie PRECHAL, S., «La primauté du droit communautaire aux Pays-Bas», *Revue française de droit administratif*, 1990, 981-982; RIDEAU, J., o.c., p. 450.

<sup>152</sup> PESCATORE, P., «La prééminence des traités sur la loi interne selon la jurisprudence luxembourgeoise», *J.T.*, 1953, 645-646; POLAKIEWICZ J., o.c., pp. 3-5; POLAKIEWICZ, J. en JACOB-FOLTZER, V., o.c., pp. 126-127; RIDEAU, J., o.c., p. 449; THILL, M., «La primauté et l'effet direct du droit communautaire dans la jurisprudence luxembourgeoise», *Revue française de droit administratif*, 1990, 978-

dert ongeveer 1950, hoewel de Grondwet geen bepaling inzake de verhouding tussen internationale verdragen en intern recht bevat<sup>153</sup>, uitdrukkelijk het beginsel heeft bevestigd dat de internationale wet, bij conflict tussen de bepalingen van een internationaal verdrag en de bepaling van een latere nationale wet, voorrang moet krijgen boven de nationale wet<sup>154</sup>, waarbij ook wordt aangenomen dat die voorrang geldt voor het gemeenschapsrecht<sup>155</sup>;

— in Frankrijk<sup>156</sup>, waar de Grondwet alleen bepaalt dat

980; WEYRICH, M., «L'application du droit communautaire au Grand Duché de Luxembourg», in *Diagonales à travers le droit luxembourgeois*, Luxemburg, 1986, pp. 965-1004.

<sup>153</sup> In 1956 is in de Luxemburgse grondwet een art. 49bis ingevoegd luidend: «L'exercice d'attributions réservées par la Constitution aux pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, peut être temporairement dévolu par traité à des institutions de droit international.» Die verdragen kunnen enkel worden goedgekeurd bij een wet waarover gestemd wordt onder de voorwaarden die zijn gesteld voor de herziening van de Grondwet, d.w.z. met een quorum van drie vierde van de leden van de Kamer en met een meerderheid van de twee derde van de stemmen. Het regeringsontwerp bevatte verschillende andere bepalingen m.b.t. het internationaal recht. Het vermeldde o.m. dat «les règles du droit international font partie de l'ordre juridique national» en dat zij «prévalent sur les lois et toutes autres dispositions nationales». (*Doc.Parl. Ch.*, 1955-56, nr. 516, ontwerp, artt. 42 en 45). Na te hebben vastgesteld dat zich in de rechtspraak een tendens aftekende om «un rang prioritaire au droit international conventionnel par rapport au droit national» toe te kennen, verwierp de grondwetgevende kamer de voorstellen tot vastlegging van de voorrang van de regels van het internationaal recht, omdat ze van oordeel was dat een consolidatie van die tendens moest worden afgewacht (*ibid.*, nr. 516, verslag van de commissie voor grondwetsherziening, p. 15).

<sup>154</sup> Opperste Gerechtshof, 8 juni 1950 (*Pas.Lux.*, XV, 41), 14 juli 1954 (*ibid.*, XVI, 151, en *J.T.*, 1954, 694), 1 juli en 2 dec. 1970.

Na erop te hebben gewezen dat «l'effet des lois successives dépend de la date de leur mise en vigueur, les dispositions contraires aux lois antérieures abrogeant celles-ci», voegt het arrest van 8 juni 1950 eraan toe «qu'il ne saurait pourtant en être ainsi lorsque les deux lois sont d'une inégale valeur, c'est-à-dire lorsque l'une des lois est un traité international incorporé dans la législation interne par une loi approbative; qu'en effet, pareil traité est une loi d'une essence supérieure ayant une origine plus haute que la volonté d'un organe interne; qu'en conséquence, en cas de conflit entre les dispositions d'un traité international et celles d'une loi nationale postérieure, la loi internationale doit prévaloir sur la loi nationale...» De R.v.St. sloot zich bij deze zienswijze aan in zijn arresten van 28 juli 1951 (*Pas.Lux.*, XV, 263), 7 december 1978 (*ibid.*, XXIV, 186) en 21 november 1984 (*ibid.*, XXVI, 174).

<sup>155</sup> Opperste Gerechtshof, 14 juli 1954, hierboven vermeld.

<sup>156</sup> ABRAHAM, R., *Droit international, droit communautaire et droit français*, Parijs, 1989; BADINTER, R. en GENEVOIS, B., «La hiérarchie des normes constitutionnelles et se fonction dans la protection des droits fondamentaux», *Revue universelle des droits de l'homme*, 1990, 258-268; BARAV, A., «La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire», in *L'Europe et le droit. Mélanges en l'honneur de J. Boulouis*, Parijs, 1991, pp. 1-20; BLONDEAU, A., *L'application du droit international par le juge français*, Parijs, 1972; BON, P., «La protection juridictionnelle des droits de l'homme», in *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, Parijs - Aix-en-Provence, 1987, pp. 269-319; BLUMANN, C., «L'article 54 de la Constitution et le contrôle de la constitutionnalité des traités en France», *Revue générale de droit international public*, 1978, 537-618; BOULOUIS, J., «A propos de l'arrêt Nicole», *Revue générale de droit international public*, 1990, 91-102; CHEVALLIER, F., «L'exception d'inconstitution-

ner een voorafgaande toetsing is van de internationale verdragen aan de Grondwet<sup>157</sup>, en waar, volgens de recht-

nalité. l'Etat de droit et la construction de la Communauté européenne», *Dall.*, 1989, Chron. XXXIX; DE VILLIERS, M., «Norme constitutionnelle et norme internationale», *Revue administrative*, 1981, 143-145; CONSTANTINESCO, V. en JACQUE, J.P., «L'application du droit international et Communautaire au regard de la Constitution française», in KOERNING en RUFNER (red.), *Le contrôle de la constitutionnalité en France et en République fédérale d'Allemagne*, Carl Heymann Verlag, 1985, pp. 175-213; DARMON, M., o.c., pp. 228-236 en 241-250; DEHAUSSY, J., «La supériorité des normes internationales sur les normes internes: à propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 20 octobre 1989», *Journ.dr.intern.*, 1990, 5 e.v.; DUBOIS, L., «Le juge français et le conflit entre norme constitutionnelle et norme européenne», in *L'Europe et le droit. Mélanges en l'honneur de J. Boulouis*, Parijs, 1991, pp. 205-219; FAVOREU, L., «Le Conseil constitutionnel et le droit international», *Annuaire français de droit international*, 1977, pp. 95-125; *idem*, «L'apport du Conseil constitutionnel au droit public», in *Le Conseil constitutionnel, Pouvoirs*, nr. 13, Parijs, 1980; FAVOREU, L. en PHILIP, L., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Parijs, 5e uitg., 1989; GAIA, P., *Le Conseil constitutionnel et le contrôle de l'intégration des engagements internationaux dans l'ordre juridique interne*, proefschrift Aix-Marseille, 1990; GENEVOIS, B., «Le droit international et le droit communautaire», in *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, Parijs, 1988, pp. 191-217; JACQUE, J.P., «Constitution et organisations internationales: le problème de la supranationalité», *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, Parijs - Aix-en-Provence, 1987, pp. 321-337; KOVAR, R., «Le Conseil d'Etat et le droit communautaire: de l'état de guerre à la paix armée», *D.*, 1990, Chron., 57; *idem*, «Le Conseil d'Etat et le droit communautaire: des progrès mais peut mieux faire», *D.*, 1992, Chron., XLIII, 207-213; LE TALLEC, G., «La Cour de cassation et le droit communautaire», in *L'Europe et le droit. Mélanges en l'honneur de J. Boulouis*, Parijs, 1991, pp. 363-373; LUCHAIRE, F., «Le contrôle de constitutionnalité des engagements internationaux et ses conséquences relatives à la Communauté européenne», *Revue trimestrielle de droit européen*, 1979, 301-428; NGUYEN QUOC DINH, «Le Conseil constitutionnel français et les règles du droit public international», *Revue générale de droit international public*, 1976, 1001-1036; PHILIP, L., «L'affirmation des droits de l'homme dans les constitutions et les traités internationaux», in *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, Parijs - Aix-en-Provence, 1987, pp. 249-267; POLAKIEWICZ, J., o.c., pp. 7-8; PINTO, R., «Le contrôle de la régularité des conventions internationales par les juridictions françaises», in *L'évolution du droit public, Etudes offertes à A. Mestre*, Parijs, 1956, pp. 437-446; POLAKIEWICZ, J. en JACOB-FOLTZER, V., o.c., pp. 75-78; RIDEAU, J., *Droit international et droit interne français*, Parijs, 1971; *idem*, «Problématique générale des rapports entre droit constitutionnel et droit international», in *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, Parijs - Aix-en-Provence, 1987, pp. 205-248; *idem*, «Constitution et droit international dans les Etats membres des Communautés européennes. Réflexions générales et situation française», *Revue française de droit constitutionnel*, 1990, 260-296 en 425-454; SCHELLE, G., «De la prétendue inconstitutionnalité interne des traités internationaux», *Rev.dr.publ. et sc.pol.*, 1952, 1011 e.v.; SIMON, D., «Les exigences de la primauté du droit communautaire: continuité ou métamorphoses», in *L'Europe et le droit. Mélanges en l'honneur de J. Boulouis*, Parijs, 1991, pp. 481-493; WILDHABER, L., o.c., pp. 206-210 en pp. 352-354.

<sup>157</sup> De Grondwet van 1958 bevat verschillende bepalingen over de betrekkingen tussen het internationaal recht en het nationaal recht. In zoverre de Preambule ervan verwijst naar de Preambule van de Grondwet van 1946 hebben het veertiende en het vijftiende lid van laatstgenoemde Preambule grondwettelijke waarde; daarin staat onder meer dat «la République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international» en dat

Sommige auteurs die de stelling verdedigen dat het Arbitragehof, op een prejudicieel beroep, een wetgevende akte houdende instemming met een geratificeerd verdrag dat van kracht is in de internationale rechtsorde, ongrondwettig kan verklaren, dienen toch wel toe te geven dat het in het geding komen van België's internationale aansprakelijkheid een nadeel zou uitmaken, waarvan de ernst samenhangt met het belang van het door de ongrondwettige wet goedgekeurde verdrag. Professor Lejeune en P. Brouwers vinden het vanzelfsprekend, bij de bespreking van de onderstelling dat bij het Arbitragehof een prejudiciële vraag aanhangig wordt gemaakt betreffende de instemmingswet van het Verdrag van Rome houdende oprichting van de Europese Economische Gemeenschap of betreffende de wet tot goedkeuring van de Europese Akte, of nog betreffende de instemmingswet van het Verdrag van Parijs houdende oprichting van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staat, «qu'une éventuelle déclaration d'inconstitutionnalité, même partielle, de ces lois, pourrait entraîner des effets d'une gravité plus importante encore que la violation du prescrit constitutionnel lui-même»<sup>169</sup>.

39. Tegen de stelling dat het verdrag met rechtstreekse werking in de interne rechtsorde voorrang heeft boven de grondwettelijke regels die niet van fundamenteel belang zijn voor de bevoegdheid tot het sluiten van verdragen, zijn mijns inziens onterechte opmerkingen gemaakt.

a) Er werd geschreven dat door de toekenning van voorrang aan het verdrag boven de Grondwet de rechter in een moeilijke, zelfs onmogelijke positie zou komen te staan<sup>170</sup>.

Ik dacht niet dat de rechter zich gemakkelijk moet voelen om recht te spreken. En als er voor de rechter al sprake zou zijn van een moeilijke positie, dan vloeit die, hoe dan ook, voort uit de aard zelf van het voor hem opgeworpen conflict. Wat de oplossing van dat conflict ook moge zijn, de rechter loopt uiteraard het gevaar in een lastige positie te geraken, zoals trouwens ook in andere situaties waarin hij door de geschillen komt te staan en waarvan de moeilijkheden nu eenmaal inherent zijn aan de verheven dienstbaarheid van het rechterlijk ambt.

b) Tevens is erop gewezen dat de voorrang van het verdrag boven de Grondwet niet per se is vereist voor het samenbestaan van de nationale rechtsorde met de internationale rechtsorde, terwijl de voorrangsregel slechts de uitdrukking van praktische noodwendigheden is<sup>171</sup>.

Maar uit de ontwikkeling van de internationale en supranationale rechtsorde, evenzeer als uit die van de grondwettelijke orde, is de laatste jaren gebleken dat de conflicten tussen het verdrag of het gemeenschapsrecht, enerzijds, en de Grondwet, anderzijds, hoegenaamd geen juridische speculaties zijn, wars van elke concrete toepassing. Men denke maar aan de recente conflicten die ik heb aangehaald zoals die betreffende de toelating van vreemdelingen-onderdanen van de EEG-Lid-Staten tot betrekkingen in overheidsdienst, betreffende de uitoefening door diezelfde vreemdelingen van het recht om te kiezen en gekozen te worden bij de gemeenteraadsverkiezingen, betreffende de vergoeding van

genationaliseerde goederen, betreffende dubbele belasting...

c) Ik geef overigens toe dat ik niet inzie in welk opzicht de voorrang van het verdrag boven de Grondwet afbreuk zou doen, zoals een auteur heeft beweerd, aan de autonomie van de volkswil<sup>172</sup>.

Het verdrag met rechtstreekse werking in de nationale rechtsorde is door de Koning gesloten, met het akkoord van een voor het Parlement verantwoordelijke minister, en dat verdrag heeft de instemming verkregen van de wetgevende vergaderingen. Als een rechtscollege eerder het verdrag dan de Grondwet zou toepassen, dan kunnen de politieke organen, die de natie vertegenwoordigen, nog altijd oordelen of de Grondwet moet worden herzien dan wel of het verdrag moet worden opgezegd overeenkomstig de bepalingen ervan of met de toestemming van de andere verdragsluitende Staten.

d) Er is ook gezegd dat voorrang geven aan het verdrag boven de Grondwet een al te eenvoudige oplossing is voor een complex probleem en uitgaat van een monistische opvatting van het recht, terwijl nog andere, en evenwaardige opvattingen van het recht bestaan<sup>173</sup>.

Dat het probleem ingewikkeld is, blijkt voldoende uit deze veel te lange uiteenzetting.

Dat voorrang geven aan het verdrag boven de Grondwet slechts een simplistische oplossing verschaft voor dat probleem, zou waar kunnen zijn als het poneren van die voorrang niet, zoals ik meen te hebben aangetoond, ruimschoots werd genuanceerd.

Dat die oplossing uitgaat van een monistische opvatting van het recht, terwijl er ook andere opvattingen gangbaar zijn, spreekt vanzelf, maar het is nu eenmaal zo dat uw rechtspraak en die van de andere rechtscolleges – terecht en om de redenen die ik zoëven heb vermeld – al ruim twintig jaar lang in de lijn van die opvatting ligt.

e) Een deel van de auteurs oordelen dat de stelling van de voorrang van het verdrag boven de Grondwet om diverse redenen ongrondwettig is: volgens sommigen omdat die voorrang niet berust op regels die door of krachtens de Grondwet zijn vastgesteld, terwijl de Grondwet, de juridische grondslag van de Staat, ook de grondslag is van het in de interne rechtsorde toepasselijke recht<sup>174</sup>, omdat het verdrag is gesloten ter uitvoering van de Grondwet door één van de door haar opgerichte organen<sup>175</sup> en omdat de rechter, die zijn ambt krachtens de Grondwet bekleedt, zijn bevoegdheid precies hieraan ontleent<sup>176</sup>; voor anderen is die stelling ongrondwettig omdat, wanneer nationale autoriteiten in een verdrag dat door de rechtscolleges moet worden toegepast, normen hebben ingevoerd die in strijd zijn met de grondwettelijke regels, die autoriteiten, die de Grondwet hebben geschonden, die normen onwettig in het positief recht van de Staat hebben ingevoerd, zodat die invoering geen effect kan sorteren<sup>177</sup>; voor nog anderen heet die stel-

<sup>172</sup> VERHOEVEN, J., «Sources...», o.c., pp. 40-41.

<sup>173</sup> VERHOEVEN, J., «Sources...», o.c., pp. 40-41.

<sup>174</sup> LEJEUNE, Y. en BROUWERS, P., o.c., nr. 14; MASQUELIN, J., R.P.D.B., v° «Traité internationaux», nr. 303.

<sup>175</sup> VERHOEVEN, J., «Sources», o.c., pp. 40-41.

<sup>176</sup> DELPÉRÉE, F., «La Belgique...», o.c., pp. 14-16.

<sup>177</sup> DUMON, F., «La Cour...», o.c., pp. 118-125; *idem*, «Les rapports...», o.c., pp. 215-217.

<sup>169</sup> LEJEUNE, Y. en BROUWERS, P., o.c., nr. 16.

<sup>170</sup> DELPÉRÉE, F., verklaringen in *La Libre Belgique*, 5 juni 1992, p. 3; *idem*, «La Belgique...», o.c., pp. 14-16.

<sup>171</sup> VERHOEVEN, J., «Sources...», o.c., pp. 40-41.

ling dan weer ongrondwettig te zijn omdat het krachtens de artikelen 130 en 131 verboden is, ten eerste de Grondwet geheel of ten dele te schorsen, ten tweede, de Grondwet te wijzigen of anders af te wijken dan via een herziening<sup>178</sup>.

De meeste van die opvattingen houden in dat er binnen de Staat een afzonderlijke rechtsorde bestaat, onderscheiden van de internationale rechtsorde, en in die zin zijn ze dualistisch. Geen enkele grondwettelijke bepaling regelt de verhouding tussen de internationale rechtsorde en de nationale rechtsorde, en geeft dus evenmin voorrang aan de Grondwet boven de rechtstreekse toepasselijke regel van een van kracht zijnd verdrag dat bindend is voor de Staat.

Een bepaling van de Grondwet waarin aan de verdragen met rechtstreekse werking in de nationale rechtsorde uitdrukkelijk voorrang wordt toegekend boven diezelfde Grondwet, hoeft niet in ons grondwettelijk stelsel waarvan de soepelheid zodanig is dat het zich middenin tussen de stelsels van de geschreven en de niet-geschreven grondwet bevindt, aldus gunstige ontwikkelingen mogelijk heeft gemaakt. Zoals procureur-generaal Ganshof van der Meersch in zijn conclusie voor het arrest *Le Ski* schreef: «La Constitution ne contient d'ailleurs, de manière générale, à quelques exceptions près, que des principes et non point des règles complètes et précises; cette méthode (...) favorise par les 'blancs' que laisse subsister le texte et que la confrontation d'un certain nombre de principes permet de combler, l'évolution de notre droit constitutionnel et son expression par la jurisprudence»<sup>179</sup>.

Geleidelijk aan is het zo geworden dat de rechtsprekende functie niet langer meer toebehoort aan een macht die elke nationale gemeenschap heeft ingesteld volgens haar eigen normen waarover zij het meesterschap heeft<sup>180</sup>.

De verplichting die op de nationale rechter rust om de verdragsnorm met rechtstreekse werking in de interne rechtsorde voorrang te verlenen op alle normen van intern recht, staat los van een grondwettelijke investituur. Wanneer uit de bewoordingen van een verdrag blijkt dat de verdragsluitende Staten de gevolgen ervan niet hebben willen beperken tot de wederzijdse betrekkingen tussen die Staten, maar dat het wel degelijk hun bedoeling is geweest van dat verdrag een directe bron te maken van rechten en plichten voor natuurlijke of rechtspersonen of daaraan anderszins directe werking te verlenen in hun interne rechtsorde, is die rechtstreekse toepasselijkheid een hoedanigheid van het verdrag die niets aan het grondwettelijk recht is verschuldigd.

Zoals stafhouder Boulouis schrijft: «Pareille qualité apparaît comme la condition pour qu'un particulier puisse utilement se prévaloir du droit international car comment pourraient-ils ne prévaloir de droits que celui-ci ne constituerait pas dans sa personne? Mais dans cette qualité résident aussi la justification pour le juge national d'accueillir une requête ainsi fondée et l'obligation d'y faire droit indépendamment d'une investiture constitutionnelle qui, si elle y faisait obstacle, le ferait en méconnaissance du droit international mais qui, à soi seule, est impuissante à conférer à ce-

lui-ci une qualité qu'il ne tient que de lui-même»<sup>181</sup>. Verscheidene van uw arresten hebben het uitdrukkelijk beklemtoond: de voorrang van het bij verdrag bepaald internationaal recht vloeit voort uit de aard zelf van dat recht en niet uit de Grondwet<sup>182</sup>.

Dient men eraan toe te voegen dat de voorrang van de normen van het bij verdrag bepaald internationaal recht met rechtstreekse werking niet impliceert dat de met die normen strijdige grondwettelijke normen zonder meer moeten worden opgeheven of gewijzigd? Die voorrang betekent alleen dat, in geval van conflict tussen die beide normen, de eerste gewoonweg de gevolgen van de tweede doet ophouden, zolang het conflict blijft duren.

De moeilijkheden die kunnen voortvloeien uit de zogenaamde intrinsieke ongrondwettigheid van een verdrag met mogelijk rechtstreekse werking in de interne rechtsorde, moeten in de eerste plaats worden opgelost door sancties of andere maatregelen die aan de inwerkingtreding van het verdrag in de interne rechtsorde moeten voorafgaan.

f) Tot slot is er gezegd dat toekenning van voorrang aan het verdrag boven de Grondwet niet te verenigen zou zijn met de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof houdende regeling van de toetsing door dat Hof van de wetten, decreten of ordonnantiën waardoor instemming wordt gegeven aan een verdrag<sup>183</sup>.

Ik denk niet dat uit de bijzondere wet van 6 januari 1989 noodzakelijk af te leiden valt dat de wetgever met die wet het beginsel van de voorrang van het verdrag heeft willen verwerpen, nu die wet kan worden uitgelegd en toegepast, in die zin die ik meen te mogen voorstellen en die verenigbaar is met het beginsel (zie *infra*, nr. 41).

40. Wanneer voor de gerechtelijke en de administratieve rechtscolleges een conflict rijst tussen een grondwettelijke norm en een norm van bij verdrag bepaald internationaal recht of gemeenschapsrecht met rechtstreekse werking in de interne rechtsorde en dat conflict niet voortspuit uit de klaarblijkelijke schending van een fundamenteel belangrijke norm van intern recht inzake de bevoegdheid om verdragen te sluiten, moeten die rechtscolleges de in het verdrag vastgelegde regel bij voorrang toepassen, aangezien de voorrang van die regel uit de aard zelf van het bij verdrag bepaald internationaal recht of van het gemeenschapsrecht voortvloeit. Zulks is a fortiori het geval, wanneer het conflict ontstaat tussen een grondwettelijke norm en een norm van gemeenschapsrecht.

De aldus, bij een dergelijk conflict, aan de norm van het verdrag of van het gemeenschapsrecht met rechtstreekse werking in het nationaal recht toegekende voorrang boven de grondwettelijke norm maakt dat die gerechten de toepassing van de grondwettelijke norm kunnen en moeten uitsluiten<sup>184</sup>, door te verklaren dat de gevolgen van deze laatste norm geschorst zijn in zoverre zij onverenigbaar is met de norm van het verdrag of van het gemeenschapsrecht. Met andere woorden, de gerechtelijke en de administratieve ge-

<sup>181</sup> BOULOUIS, J., «A propos de l'arrêt Nivolo», *Revue générale de droit international public*, 1990, 91-102, inz. 97-98.

<sup>182</sup> Zie inz. Cass., 13 september 1984, AR 7105 (A.C., 1985, nr. 39).

<sup>183</sup> DELPÉRÉE, F., «La Belgique...», o.c., pp. 14-16.

<sup>184</sup> Zie Cass., 4 april 1984, A.R. 2910 en 3263 (A.C., 1984, nr. 448, met concl. O.M.).

<sup>178</sup> MASQUELIN, J., *R.P.D.B.*, v° «Traité internationaux», nr. 303.

<sup>179</sup> A.C., 1971, 959.

<sup>180</sup> CAMBIER, C., *Précis de droit judiciaire civil*, I, Brussel, 1974, p. 301.

schuldvordering afzonderlijk de naleving van de formaliteiten van artikel 1690 B.W. vergt;

Overwegende dat in ieder geval de cessie inter partes bevestigd was telkens wanneer de cessionaris voor een bepaalde vordering – en zonder protest vanwege de cedent – overging tot de betekening aan een «bepaalde» debiteur; dat in ieder geval op dat tijdstip de cessie bepaald was met betrekking tot die schuldvordering;

Overwegende dat de stelling dat de vorderingen een «persoonlijk» karakter vertonen niet overtuigend voorkomt; dat de kwaliteit niet alleen reeds kan voortvloeien uit de omstandigheid dat de schuldeiser een V.Z.W. is of uit haar verzuimsdoel (artikel 3 der statuten);

Overwegende dat de cessie gelet op het vorenstaande als niet geldig moet worden beschouwd; dat thans de vraag moet ontworpen worden of deze cessie ook aan derden kan worden toegeworpen;

Overwegende dat een overdracht eerst aan derden kan worden tegengeworpen wanneer het voorschrift van artikel 1690 B.W. is nageleefd, dit wil zeggen de betekening aan de afgeleverde schuldenaar;

Overwegende dat te dezen de discussie betrekking heeft op drie verschillende schuldvorderingen; dat moet worden overwogen of eiseres het voorschrift van artikel 1690 B.W. heeft vervuld vóór ieder beslag door een andere schuldeiser van de V.Z.W.; dat door zo'n beslag de schuldvordering immers onbeschikbaar wordt waardoor de cessie niet kan worden tegengeworpen aan de beslagleggende schuldeiser;

Overwegende dat de eerste schuldvordering die betreft de R. Club ten bedrage van 1.096.036 fr. (entreegelden); dat de cessie werd betekend op 28 november 1990; dat op 26 november 1990 reeds beslag werd gelegd op deze schuldvordering door een andere schuldeiser voor een bedrag van 1.833 fr.;

Overwegende dat de tweede schuldvordering die betreft de V.Z.W. G. ten bedrage van 8.070.282 fr. (transfereergelden); dat de cessie werd betekend op 28 november 1990; dat op die dag door een andere schuldeiser bewarend beslag werd gelegd op derden werd gelegd ten bedrage van 3.123.519 fr.; dat niet mogelijk is de anterioriteit van cessie en beslag na te bepalen; dat beide dus geacht moeten worden gelijkgesteld te zijn verricht; dat derhalve de cessie geen anterioriteit heeft op het beslag door de A.S.L.K.; dat weliswaar eiseres reeds op 26 november 1990 een bewarend derdenbeslag heeft gelegd; dat de betekening van dit beslag niet geldt als een betekening ex artikel 1690 B.W.; dat een beslag ook geen voorrecht verschaft;

Overwegende dat de derde schuldvordering die betreft op de N.V. V.; dat de cessie aan deze vennootschap werd betekend op 8 januari 1991; dat reeds op 15 november 1990 een bewarend beslag onder derden gelegd in handen van de N.V. V. door een andere schuldeiser ten bedrage van 9.120 fr.

Overwegende dat derhalve de vordering van eiseres niet kan worden ingewilligd; dat zij in ieder geval in samenloop komt met de genoemde schuldeisers die vooraf op de respectieve schuldvorderingen bewarend beslag hebben gelegd; dat de vereffenaars derhalve thans de verdeling zullen moeten opstellen rekening houdend met de cessies en de drie beslagen;

## RECHTSPRAAK IN KORT BESTEK

### Hof van Cassatie (1e Kamer), 4 september 1992

*Overheidsopdrachten – Gezamenlijke borgstelling – Rente wegens tardieve vrijmaking – Slechts op het bedrag dat de aannemer effectief gedeponeerd heeft*

Het derde middel van eiseres tegen het bestreden arrest (Hof Antwerpen, 31 oktober 1989) wordt om de volgende redenen verworpen:

«Overwegende dat krachtens artikel 9, § 3, van het ministerieel besluit van 10 augustus 1977 houdende vaststelling van de algemene aannemingsvoorwaarden van de overheidsopdrachten van werken, leveringen en diensten, de aannemer het verzoek om totale of gedeeltelijke vrijstelling van de borgtocht naar het bestuur stuurt, dit bestuur in voorkomend geval de opheffing verleent binnen de vijftien kalenderdagen na de ontvangst van de aanvraag en na deze termijn de aannemer recht heeft op interest, berekend overeenkomstig artikel 15, § 4, van bedoeld ministerieel besluit, verminderd met de door de Deposito- en Consignatiekas gestorte interest;

«Dat de interest geacht wordt de schade te vergoeden die een tardieve vrijmaking van de borgtocht heeft veroorzaakt; dat bij een gezamenlijke borgtochtstelling, die schade niet gelijk kan staan met de interest op het bedrag van de volledige borgtocht; dat het aan de bedoeling van het besluit beantwoordt dat, voor de berekening van de interest, als grondslag genomen wordt het bedrag dat de aannemer daadwerkelijk aan de borgstellingskas heeft gestort;

«Overwegende dat het arrest vaststelt dat eiseres overging tot een gezamenlijke borgtochtstelling en oordeelt dat in een dergelijk geval enkel de fractie van het effectief gedeponeerd kapitaal ter berekening van de interest kan worden aangenomen; dat het arrest zodoende de in het middel aangevoerde wetsbepalingen niet schendt.»

(Voorzitter: mevr. Baeté-Swinen – Rapporteur: de h. Verougstraete – Openbaar ministerie: de h. du Jardin – Advocaten: mrs. De Gryse en van Hecke – In de zaak: B.V.B.A. Algemene Ondernemingen A. t/ Regie der Gebouwen)

### Hof van Cassatie (1e Kamer), 4 september 1992

*Verzekering – Motorrijtuigen – Art. 25, 6°, modelpolis – Persoon die niet voldoet aan de wettelijke voorwaarden – Verenigbare interpretatie: persoon die het recht niet heeft om een motorrijtuig te besturen of aan wie dat recht ontnomen is*

Eiseresses tweede middel tegen het bestreden arrest (Hof Antwerpen, 16 mei 1991) betreft de interpretatie van art. 25, 6°, modelpolis. Eiseres beweert dat dat beding toepassing vindt op het geval waarin de bestuurder niet voldeed aan art. 8.3 Verkeersreglement.

«Overwegende dat, luidens artikel 25, 6°, van de tussen partijen gesloten verzekeringsovereenkomst, het in artikel

le  
g,  
n  
ig  
fs  
st  
le  
at  
in  
et  
as  
r-  
r-  
t-  
s-  
ile  
ld.  
è-  
ue  
ge  
on  
u-  
li-  
les  
ms  
se  
ic-  
in-  
en-  
re-  
d à  
ons  
du  
des  
ord  
te  
es-  
tra-  
net  
ge-  
aag  
n 6,  
t of  
rag,  
sen  
ge-  
aar  
zet,  
r de  
, in-  
uari  
niet  
im-  
van  
ssen



24 bepaalde recht van verhaal op de verzekeringnemer aan de verzekeraar wordt toegekend 'wanneer het motorrijtuig op het ogenblik van het ongeval bestuurd wordt door een persoon die niet voldoet aan de voorwaarden door de Belgische wet en reglementen voorgeschreven om dat motorrijtuig te mogen besturen, bij voorbeeld door een persoon die van zijn recht om te besturen vervallen verklaard is of een persoon die de vereiste minimumleeftijd niet bereikt heeft';

«Overwegende dat het arrest oordeelt dat de omstandigheid dat wijlen Gregorius R., rechtsvoorganger van verweerder, bij een in kracht van gewijsde gegaan vonnis van 2 september 1985, veroordeeld werd wegens overtreding van artikel 8.3 van het Wegverkeersreglement, niet betekent dat het in artikel 25, 6°, van de modelpolis, bedoelde geval is verwezenlijkt;

«Overwegende dat het arrest de bewoordingen van artikel 25, 6°, van de modelpolis, 'motorrijtuig bestuurd door een persoon die niet voldoet aan de voorwaarden door de Belgische wet en reglementen voorgeschreven om dat motorrijtuig te mogen besturen', aldus uitlegt als enkel zulke categorieën van personen bedoelende die, luidens die wet of die reglementen, het recht niet hebben of het recht ontnomen werden om een motorrijtuig te besturen;

«Dat het arrest zodoende van bedoeld artikel een uitlegging geeft die met de bewoordingen ervan niet onverenigbaar is.»

(Voorzitter-rapporteur: mevr. Baeté-Swinnen – Openbaar ministerie: de h. du Jardin – Advocaten: mrs. Houtekier en Bützler – In de zaak: N.V. P. t/ R.)

## BOEKEN

**Sociaal praktijkboek 1991-92**, Sociale dienst VEV (red.), Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1991, 476 pp.

De sociale dienst VEV is in 1990 gestart met het uitgeven van een Sociaal Praktijkboek (zie de bespreking van *Sociaal Praktijkboek 1990-91*, in *R.W.*, 1990-91, 519). In het Praktijkboek 1991-92 worden de volgende thema's behandeld: het brugpensioen, deeltijdse arbeid, uitzendarbeid, de opzegging van de arbeidsovereenkomst, zon- en feestdagen, klein verlet, het arbeidsreglement, het minimumloon, de loonfiscaliteit.

De samenstellers zijn erin geslaagd de doelstellingen waar te maken die in het woord vooraf werden geponeerd, namelijk de lezer klare en duidelijke informatie te geven. Alle bijdragen zijn geschreven in een heldere taal. Daarenboven wordt de tekst verlicht door tientallen voorbeelden en modellen waardoor de dikwijls complexe materie begrijpelijk(er) wordt. De teksten zijn echter vooral interessant omdat het verband wordt gelegd tussen het sociaal- en het fiscaalrechtelijke, wat in louter academische opstellen meestal niet gebeurt. Dit boek is dan ook zeer bruikbaar voor de praktijk.

Wat de opvatting betreft, hebben wij enkele bedenkingen. In de (soms wel erg beknopte) bibliografie worden wel de gebruikte wetteksten en een keuze uit de belangrijkste rechtsleer, c.q. rechtspraak vermeld, maar voetnoten ontbreken. Voor de juristen onder de lezers vormt dit een handicap.

Een andere kritiek betreft de inhoud. Hoewel de thema's interessant zijn, is er geen duidelijk verband tussen de behandelde onderwerpen. Men zou er bv. aan kunnen denken om in de toekomst te werken rond de belangrijkste wijzigingen die zich in het voorbije jaar hebben voorgedaan.

Desondanks scoort deze publikatie zeer hoog wanneer men de prijs en de kwaliteit vergelijkt.

Patrick Humblet

**Le travail et les femmes – les femmes et le travail**, Luik, Fondation André Renard, 1992, 135 pp.

Het *Bulletin de la Fondation André Renard* (B.F.A.R.) is een socio-juridisch tijdschrift dat in Vlaanderen ten onrechte weinig bekendheid geniet. Het bevat immers elke maand opnieuw een aantal opmerkelijke bijdragen. André Renard indachtig zijn de juridische analyses maatschappijkritisch en sociaal geëngageerd. Dit doet evenwel nooit afbreuk aan het niveau dank zij het juridische vakmanschap van de medewerkers.

Het tijdschrift wordt regelmatig volledig gewijd aan één specifiek thema. Dergelijke nummers worden ook aan niet-abonnees aangeboden. Zo besteedt nummer 196/197 (maart-juni 1992) uitsluitend aandacht aan de tewerkstelling van vrouwen.

In een eerste bijdrage geeft Eliane Gubin een historisch overzicht van 150 jaar vrouwenarbeid. Uit de geschiedenis blijkt dat fundamenteel weinig vooruitgang is geboekt. Ook nu nog wordt vrouwenarbeid door velen als bijkomstig beschouwd en vindt men vrouwelijke werknemers vooral terug in een aantal «typische» beroepen.

Marie Françoise Chardon en Jean Jacquain schetsen een beeld van de stand van zaken m.b.t. positieve acties in respectievelijk de particuliere en de publieke sector.

Mia De Vits geeft een overzicht van de noodzakelijke aanpassing van de wet na het arrest Stoeckel van het Europese Hof van Justitie (H.v.J., 25 juli 1991, *Soc.Kron.*, 1991, 385) dat een verbod van nacht arbeid door vrouwen verschillend van dat voor mannen als strijdend met artikel 5 van Richtlijn 76/207 kwalificeerde.

De hoofdmoot van dit themanummer wordt verzorgd door Jean Jacquain. Deze auteur heeft zijn voordien reeds door de F.A.R. uitgegeven brochure, «Maternité et travail», herwerkt. Dit kleinood werd reeds vroeger in de kolommen van dit tijdschrift door ondergetekende geprezen (zie *R.W.*, 1990-91, 205). Wij herhalen hier dan ook dat de bijdrage van professor Jacquain o.i. de meest gedegen juridische studie m.b.t. de invloed van de zwangerschap op de arbeidsverhouding is die wij kennen.

Voor de steeds groter wordende kring van geïnteresseerden in de juridische aspecten van vrouwenarbeid is dit nummer van het B.F.A.R. een aanrader.

P. Humblet

## IN MEMORIAM

### Procureur-generaal Van Honsté

*Certum est et inevitabile fatum.*

Op 3 oktober ontviel ons Victor Van Honsté, emeritus procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Brussel en emeritus professor aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit te Brussel.

Ook al had een langdurige en pijnlijke ziekte hem sinds jaren van het forum verwijderd gehouden, toch was zijn aandenken in gerechtelijke, universitaire en politieke kringen bijzonder levendig gebleven.

Een portret van een uitzonderlijke figuur als Victor Van Honsté is onvermijdelijk reducerend.

Liever dan te herinneren aan de mijlpalen van zijn prestigieuze loopbaan wil ik hier veeleer enkele aspecten belichten van deze ongemeen sterke en markante persoonlijkheid.

Aan wie het voorrecht had de hoge magistratuur of de hoogleraar te ontmoeten, viel al dadelijk diens schitterende in-

telligentie op, naast de vlugheid van zijn bevattingsvermogen, zijn kritische zin die hij steeds met pragmatisme wist te verzoenen, en zijn snedigheid die gepaard kon gaan met een treffende humor.

Al die hoogstaande eigenschappen heeft deze man van aanzien uitsluitend ten dienste gesteld van zijn ambt. Want Victor Van Honsté vereenzelvigde zich met zijn functie, als substituut, als advocaat-generaal voor de hoven van assisen, en, van 1973 tot 1988, als procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Brussel. Een aanwijzing daarvan is wel dat zijn juridische publikaties, van uitzonderlijke kwaliteit, openingsredes waren die hij voor het Hof van Beroep en voor het Arbeidshof te Brussel heeft gehouden.

Geheel vervuld van zijn functie, wijdde hij zijn aandacht in de eerste plaats aan fundamentele problemen, waarvoor hij met zijn scherpzinnig en analytisch denken ook oplossingen aanreikte die later door de wetgever in aanmerking zouden worden genomen.

Zo moge hier worden vermeld zijn rede als advocaat-generaal voor het Hof van Beroep te Brussel, «Bedenkingen over de bestrijding van de zware misdadigheid» (1 september 1972), alsook die van het jaar daarop als procureur-generaal, met zijn merkwaardige beschouwingen *de lege ferenda* over de hulpverlening door de Staat aan de slachtoffers van bepaalde misdrijven (3 september 1973).

Welsprekend en welbespraakt, bediende Victor Van Honsté zich in zijn hoge functie van een bewonderenswaardige taal, een taal die bij hem veel meer was dan een spraak, een taal die voor zijn toehoorder draagster was, niet van een les maar van een boodschap welke hij overtuigend meegaf, echter nooit zonder zijn gesprekspartner eerst met aandacht en geduld te hebben beluisterd.

Wij denken hierbij aan zijn fascinerende rede over «Taal, Recht en Gerecht» van 1 september 1978. «Iedere rechtsbeoefenaar», zei hij bij die gelegenheid, «kan op zijn eigen terrein ertoe bijdragen de rechtstaal duidelijker te maken voor de rechtzoekenden, zodat het recht voor velen ook meer gaat betekenen.» Dat was hem een voortdurende zorg en ook een van zijn eminente verdiensten.

Waar hij ook was, blonk Victor Van Honsté boven allen uit, zonder enige ostentatie, enkel dank zij zijn intellectueel gezag en zijn morele aantrekkingskracht.

Met zijn magistraten – het bezittelijk voornaamwoord heeft hier een heel bijzondere betekenis – was hij niet autoritair, omdat hij daar geen behoefte aan had; gezagsargumenten gaven hem overigens tegenzin. Hij was als vanzelfsprekend gezaghebbend.

Zijn a.h.w. natuurlijke autoriteit gebruikte hij steeds in het algemeen belang en niemand durfde het aan die te betwisten.

Victor Van Honsté was niet alleen een man van aanzien; hij was ook een moedig magistraat van het openbaar ministerie, die altijd blijik heeft gegeven van onafhankelijkheid en onpartijdigheid.

Hij was, om de woorden van een van zijn trouwe medewerkers aan te halen, «als een eik, met wijde, nooit hangende takken», sprekend zinnebeeld van de morele kracht die van zijn personaliteit uitstraalde.

Maar de ziekte lag op de loer en overviel de stoere eik, een ziekte die hem jarenlang zou nopen tot een buitengewone en gestadige moed, bezielde met de geest van Horatius – «animus secundis dubisque rectus» (Carmina, Odae).

Die moed zal hij nooit laten varen; niet één dag van de lange lijdensweg waarop hij werd bijgestaan door een even moedige echtgenote. De ziekte zal de karaktertrekken van man en vrouw sublimeren.

«C'est la nuit qu'il est beau de croire à la lumière» (Edmond Rostand).

Samen zullen zij de ziekte ook bewust accepteren, met een merkwaardige terughoudendheid, om het imago van de hoge magistraat die hij was, ongedeerd te laten.

De vele jaren die Victor Van Honsté in teruggetrokkenheid doorbracht hebben hem niet doen vergeten. Hij is iemand die onvergetelijk is, omdat zijn markante persoonlijkheid onuitwisbare indrukken heeft nagelaten. «Defunctus adhuc loquitur».

Hij zij hiervoor bedankt.

Jean du Jardin

## MEDEDELINGEN

### Scheidingsprocesrecht in Nederland per 1 januari 1993 herzien

Per 1 januari 1993 zal het in Nederland herziene scheidingsprocesrecht in werking treden (*Stbl.* 1992, nr. 530).

Deze herziening beoogt een vereenvoudiging en een doelmatiger opzet van de procedure bij echtscheiding.

De huidige dagvaardingsprocedure wordt omgezet in een verzoekschriftprocedure van de ene echtgenoot, waarbij de andere echtgenoot wordt opgeroepen bij deurwaardersexploot. Het verzoekschrift kan ook door beide echtgenoten worden ingediend ter griffie van de rechtbank.

Procesvertegenwoordiging via een advocaat blijft verplicht.

De vereenvoudiging van de procedure houdt in dat de behandeling, indien mogelijk, in één zitting geschiedt.

Evenals nu het geval is zal ook na de inwerkingtreding van de herziene wet in beginsel geen behandeling ter zitting plaatsvinden als de niet verzoekende partij geen verweer voert.

De bepaling dat een vordering wordt afgewezen als de duurzame ontwrichting in overwegende mate te wijten is aan de verzoekende echtgenoot en de andere echtgenoot om die reden daartegen verweer voert (het zogenaamde schuldverweer) is geschrapt. (Art. 1:152 BW). Ook het huidige artikel 156 in boek 1 van het burgerlijk wetboek, waarin is bepaald dat echtscheiding niet zal worden uitgesproken binnen een jaar na de huwelijksvoltrekking, vervalt.

Hoger beroep en cassatie van voorlopige voorzieningen – zoals het gebruik van de echtelijke woning en het toevertrouwen van minderjarige kinderen aan een echtgenoot – die door de rechter voor de duur van het scheidingsgeding worden getroffen, worden afgeschaft.

Een vordering tot echtscheiding wordt een verzoek tot echtscheiding. Een echtscheidingsvonnis wordt een echtscheidingsbeschikking.

De herziening van het scheidingsprocesrecht heeft een lange weg afgelegd. Een voorstel tot wijziging van de bestaande wet werd twee jaar geleden verworpen in de Eerste Kamer. De belangrijkste reden daarvoor was een nieuwe bepaling waarin gesteld werd dat onder een aantal strikte voorwaarden een eenvoudige procedure ingevoerd zou worden zonder verplichte procesvertegenwoordiging. Deze bepaling is geschrapt.